



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**“PASTILLAS ANTICONCEPTIVAS DEFECTUOSAS Y RESPONSABILIDAD CIVIL:
¿ES EL NACIMIENTO DE UN NIÑO¹ NO DESEADO UN DAÑO INDEMNIZABLE?”**

TESINA DE PREGRADO DE LA CARRERA DE DERECHO

AUTORES:

NICOLÁS ANDRÉS ALVARADO SALDÍAS

PAULA MONSERRAT MÜLLER RIQUELME

PROFESOR GUÍA:

DAVID QUINTERO FUENTES

DICIEMBRE DEL 2021

¹ Con el niño hacemos referencia de forma genérica a niños como a niñas, para evitar repetir en cada momento “el niño o la niña”.

ÍNDICE

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1: LOS HECHOS QUE MOTIVAN Y GENERAN ESTA DISCUSIÓN	7
1.1 Descripción de situaciones generales que producen “concepciones injustas”	7
1.1.1 Wrongful life y wrongful birth.....	8
1.1.2 Wrongful conception.....	9
1.2 La particular situación de las pastillas Anulette CD y otros fármacos otorgados a mujeres por parte de consultorios con dependencia municipal.....	11
CAPÍTULO 2: ¿QUÉ ES LO QUE PUEDE DECIR EL DERECHO Y EN PARTICULAR EL DERECHO CIVIL RESPECTO A ESTOS CASOS?	14
2.1 Responsabilidad civil ¿contractual o extracontractual?	15
2.2 Algunas consideraciones respecto de la responsabilidad civil extracontractual relevantes para la investigación	21
2.2.1 Elementos de responsabilidad extracontractual. Su configuración en el caso de marras	21
2.2.2 Rubros indemnizatorios posibles	27
2.2.3 ¿Y la responsabilidad por el hecho ajeno?	31
CAPÍTULO 3: ¿ES EL NACIMIENTO DE UN NIÑO NO DESEADO UN DAÑO INDEMNIZABLE? POSTURAS EXISTENTES	33
3.1 Primera postura: no es un daño	33
3.2 Segunda postura: el nacimiento del niño sí representa un daño para la madre.....	37
3.3 Tercera postura: el daño está en la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a decidir respecto de la procreación y el plan de vida	38
3.4 Postura que adopta esta investigación	40
CAPÍTULO 4: SOLUCIONES PRÁCTICAS Y ACCIONES QUE PROPONE ESTA INVESTIGACIÓN PARA LAS CONCEPCIONES INJUSTAS OBJETO DE ESTE ESTUDIO Y HECHOS CON CARACTERÍSTICAS ANÁLOGAS	42
4.1 La solución que otorga el Derecho del Consumo. Las acciones colectivas de consumidores.....	43

4.2 Propuesta de solución práctica por parte de esta investigación. Aproximación a los sujetos procesales	43
4.3. Nociones necesarias respecto de la “falta de servicio”	45
4.4. La demanda de indemnización de perjuicios.....	47
CONCLUSIONES	51
BIBLIOGRAFÍA	53

RESUMEN

La tesina que se presenta a continuación se avoca principalmente a la caracterización de las concepciones injustas producidas por la ingesta de pastillas anticonceptivas defectuosas, la real naturaleza del daño subyacente producido a las mujeres afectadas y a cómo aplicar las soluciones a las que la jurisprudencia extranjera ha llegado a partir de los conocidos casos “*wongful*”, para así obtener una solución que, por una parte repare el daño causado a las mujeres implicadas, y sobre todo, que de una respuesta a partir de lo que las leyes permiten resolver en base a la responsabilidad civil extracontractual aplicada al caso en concreto. Para lograr esto se partirá de la base del caso real referente a la falla de las pastillas *Anulette CD* acaecido a fines del año 2020 en nuestro país, y en base a este caso se razonará la construcción de una vía que permita el remedio indemnizatorio correspondiente, tanto para este caso como para otros hechos que revistan características análogas.

PALABRAS CLAVE

Daño - Wrongful Conception- Wrongful Birth- Wrongful Life - Concurrencia de Responsabilidades
- Responsabilidad Solidaria - Falta de Servicio

INTRODUCCIÓN

El trabajo que se presenta a continuación lleva por nombre *“Pastillas Anticonceptivas Defectuosas y Responsabilidad Civil: ¿Es el nacimiento de un niño no deseado un daño indemnizable?”*.

Las controversias respecto de la vida y la muerte, el límite entre los distintos eventos del ciclo vital de cada ser humano, han sido desde antaño un clásico en la discusión de las ideas tanto en el plano público como en el privado, porque son puntos de discusión que suelen poner en las antípodas una buena diversidad de posturas que se han manifestado sobre estos controversiales y a la vez apasionantes temas. Sin ir más lejos, el nacimiento en sí es todo un fenómeno para la historia de la humanidad, porque constituye para muchos la puerta a la existencia misma y este hecho de nacer no ha estado ajeno en cuanto a sus alcances e implicancias tanto en lo normativo como en lo moral. Para muestra un botón, al revisar el Código Civil Chileno nos encontraremos en sus primeros artículos con normas destinadas a regular el inicio jurídico de la vida de cada persona natural, como lo es el artículo 74 inciso primero del código de Bello, el cual prescribe que: *la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.*

Este trabajo tratará respecto de un especial escenario que en parte se vincula con el nacimiento, a raíz de las concepciones injustas que se produjeron en nuestro país a finales del año 2019 y principios del 2020. Con esto nos referimos al bullado caso de las defectuosas pastillas anticonceptivas *Anulette CD* que fueron entregadas de manera errónea en consultorios municipales a distintas mujeres, mayoritariamente de escasos recursos, y que trajo como consecuencia una serie de embarazos no deseados en circunstancias que las afectadas pusieron toda la diligencia y cuidado de su parte para que aquello no ocurriera.

Este caso en particular y aquellas que contengan características análogas, demandarán estudios en derecho civil, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad civil en las distintas categorías de “concepciones injustas”, y en derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como garantía fundamental. En definitiva, a la forma en la cual se podrían efectivamente tutelar los derechos de las afectadas.

En suma, este trabajo se abocará a responder la pregunta de si es acaso posible encontrar una solución conforme al derecho que otorgue una justa indemnización de perjuicios a las mujeres que

han tenido que cargar con una maternidad no deseada debido a anticonceptivos defectuosos, más con el escenario que ofrece el actual ordenamiento jurídico chileno y el limitado campo de acción que este contiene respecto de la interrupción legal del embarazo.

Para poder arribar a una respuesta a tal cuestionamiento, esta tesina se valdrá de técnicas e instrumentos de metodología de la investigación tanto cualitativos como cuantitativos, propios del campo de las ciencias sociales, con preeminencia en herramientas cualitativas como lo son: el análisis de documental, análisis doctrinal y el estudio de jurisprudencia pertinente.

En cuanto a la estructura del trabajo, esta consistirá en la siguiente:

1. Un primer capítulo destinado a resumir los hechos que motivan y generan esta investigación, sumado a la descripción general de lo que debe entenderse por “concepción injusta” y la particular situación acaecida con *Anulette CD*.
2. El segundo capítulo de esta investigación estará destinado a dilucidar qué es lo que tiene que decir el Derecho, y en particular el Derecho civil, respecto de estos casos, lo cual demandará ciertas exposiciones respecto a la responsabilidad civil, concurrencia de responsabilidad, estructura de la responsabilidad civil extracontractual, y la determinación del elemento daño en particular.
3. El tercer capítulo será el más importante de esta investigación, porque se harán las debidas exposiciones respecto a las posturas en torno al problema de que si es o no es acaso posible concebir una indemnización por el embarazo no deseado a la madre que ha sufrido el daño patrimonial y extrapatrimonial respectivo, terminando con la exposición de la postura que toma este trabajo respecto a cuál es el daño a indemnizar en este tipo de casos con la legislación vigente.
4. El capítulo final versará respecto de las soluciones prácticas que pueden configurarse en función de los hechos expuestos y de aquellos con características análogas, en el sentido de clarificar la acción a entablarse, los motivos de fondo de tal acción, y los sujetos pasivos o deudores de la obligación de indemnizar el daño provocado.

1. LOS HECHOS QUE MOTIVAN Y GENERAN ESTA DISCUSIÓN

Corresponde hacer mención a los hechos que han generado en nosotras la intención de emprender la investigación y la tesina que se presenta, fruto de la misma. Para estos efectos, primero expondremos algunas cuestiones referentes a lo que en son, en general, los casos en los cuales se acciona contra el hecho de vivir en todas sus variantes, para posteriormente exponer un caso en particular de una especie de concepción injusta llamado *wrongful conception*, radicado en los sucesos en torno las pastillas anticonceptivas defectuosas *Anulette CD* y otras que fueron expedidas en consultorios de atención primaria y farmacias particulares de nuestro país.

1.1. Descripción de situaciones generales que producen “concepciones injustas”

Es una cuestión ineludible con el paso de las décadas, que a mayor desarrollo y crecimiento en una sociedad los asuntos en torno a los cuales discutir en base al derecho y sus instituciones van también en alza. Lo mismo puede predicarse respecto de las dificultades y complejidades dogmáticas que puede presentar todo el abanico de nuevos temas de los cuales nuestra disciplina debe hacerse cargo.

Entre esa plétora de cuestiones, se encuentran aquellos que emanan de la regularización de la interrupción del embarazo y cuestiones directamente relacionadas, como lo pueden ser los embarazos no deseados cuando la mujer ha puesto del todo su diligencia y cuidado para evitar tal suceso; contamos también con aquellas situaciones en que complicaciones fisiológicas hacen dificultosa la vida del que está por nacer, al punto de hacer esa vida poco viable.

Estas situaciones son englobadas por Aedo, Coleman y Mondaca en los siguientes términos: “Con el desarrollo de toda sociedad inevitablemente las posibilidades de sufrir un daño aumentan, y de un primer estadio de nula o muy poca reparación, lentamente se avanza a otro en que el número y monto de indemnizaciones aumenta. Un buen ejemplo de esto es la responsabilidad médica, la que nos proponemos estudiar y ver la posibilidad de demandar ante supuestos tales como equivocados diagnósticos de embarazos en los que se informa que la criatura se encuentra en perfectas condiciones y luego, al producirse el nacimiento se hace evidente, por ejemplo, su retardo, deficiencia mental o algún grado de discapacidad física, figuras que en el Derecho comparado se conocen como *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*” (Aedo Barrena *et al.*: 2015, p. 20).

A continuación se ofrecen breves nociones sobre en qué consiste cada una de estas concepciones injustas en particular, con énfasis en los casos *wrongful conception*, que son los más rutilantes para efectos de esta investigación.

1.1.1. *Wrongful life y wrongful birth:*

En atención a que las fronteras entre una institución y la otra pueden tornarse difusas según sea el caso, es preferible un tratamiento conjunto de ambos términos.

Los casos *wrongful life* son los que en castellano podrían asimilarse a la noción “vida injusta”, valga decir, aquellas situaciones en que una persona es afectada desde el nacimiento, por circunstancias fisiológicas y biológicas que tornan su vida en un evento cuestionable en cuanto a su existencia misma, lo que haría que el hecho de vivir sea en sí el daño a indemnizar (Macía Morillo: 2009, p. 170). Aquí pueden surgir confusiones ligadas a la otra especie dentro de la acción por el hecho de vivir, la cual corresponde *wrongful birth*, lo que en nuestra lengua sería “nacimiento injusto”. En este sentido, un dúo de profesores catalanes plantea que: “Es bien sabido que los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life* se refieren al nacimiento de hijos con malformaciones no causadas por una negligencia médica. En ambos casos, al no informar el médico en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo” (Martin Casals y Solé Feliú: 2001, p. 3).

A mayor abundamiento, en uno de los trabajos más importantes que se ha escrito sobre la materia en la academia jurídica chilena, se expone lo que sigue y que a nuestro criterio delimita de forma excelsa los límites entre los dos institutos: “En los casos de *wrongful life* y *wrongful birth*, de existir un perjuicio, el daño estaría determinado por el hecho de nacer o de vivir con taras físicas o psicológicas, o sea, alude a una negligencia en el diagnóstico sobre el verdadero estado de salud del nasciturus lo que impide a la madre la posibilidad de acudir, si tal fuese su intención, a un aborto para impedir el nacimiento. En el *wrongful birth*, como su nombre lo indica, se reclama contra el médico (equipo médico o establecimiento de salud) por permitir el nacimiento de un menor con taras físicas o psíquicas. Todos los daños económicos y morales que reclaman los padres se fundan en la negligencia médica que les impidió haber abortado al menor; en los casos de *wrongful life*, la demanda se funda en el hecho de haber nacido. El hijo, representado por sus padres o una vez llegada la mayoría de edad, reclama por la injusticia que supuso su nacimiento” (Aedo *et al*: 2015, p. 21).

Con todo, los casos de *wrongful life* (y también de *wrongful birth*) siempre han presentado complicaciones, desde el punto de vista jurídico, porque en palabras de Macía Morillo: “la pretensión de wrongful life no permite esta separación entre el daño y el hecho de la vida del niño, pues, por un lado, parece quedar fuera de dudas que es la propia vida lo que se reclama como daño y, por otro lado, el niño no es titular de otros derechos o intereses propios cuya lesión se pueda imputar al autor del “falso negativo” en el diagnóstico. De hecho, el intento de identificar un daño en las propias malformaciones o en la enfermedad del niño queda condenado al fracaso, por su descoordinación con el resto de los elementos de la responsabilidad civil” (Macía Morillo: 2009, p. 189).

Esto no es para nada un tema pacífico en doctrina y para muestra un botón, tenemos todo el polvo levantado a raíz del *affaire Perruche*, bullado caso referente al ciudadano francés Nicholas Perruche, quien inicia acciones contra el hecho mismo de vivir debido a nacer con taras físicas significativas, caso que fue sometido al conocimiento del Tribunal de Casación de Francia y que es referencia en estas materias. A propósito de este conflicto, podemos agregar: “Es importante destacar que hasta antes de la emisión del famoso *arret Perruche*, la jurisprudencia francesa - para los casos similares - ya había establecido algunas decisiones en las que iban delineando la perspectiva a seguir con posterioridad. Sin embargo, vale la pena remarcar - tal y como evidencia la profesora Viney y el profesor Jourdain - que los pronunciamientos respecto de este tipo de casos han sido bastante disímiles, pues para los daños que resultan del hecho de vivir (*wrongful life*) se gestaron dos tendencias en Francia: a) una primera a favor del resarcimiento del menor como fueron, por ejemplo, los dos *arrets* del 26 de marzo de 1996 y b) una segunda, que a su vez, se oponía a dicho tipo de resarcimiento como, por ejemplo, el *arret* del *conseil d’Etat* de 14 de febrero de 1997” (Gabriel: 2013, p. 217).

A esto corresponden en líneas generales los conceptos de *wrongful birth* y *wrongful life*. Sin embargo, la categoría que pasa a exponerse a continuación es la más importante para esta investigación.

1.1.2. Wrongful conception:

Primero, debemos hacer un reconocimiento de la existencia de esta figura, y una primera aproximación propuesta es la siguiente: “En la reciente práctica judicial chilena se han empezado a presentar demandas de responsabilidad civil fundadas en lo que la literatura especializada ha venido denominando casos de *wrongful conception*, *wrongful pregnancy* o anticoncepciones fallidas. Esta

nueva categoría de casos comprende todas aquellas pretensiones indemnizatorias que se asocian con las ineficacias de un tratamiento anticonceptivo o de esterilización, que tiene como consecuencia el nacimiento de un niño” (Cárdenas y Rubin: 2018, p. 238).

Estos son los llamados casos de *wrongful conception* o “concepción injusta”, que constan de una mala práctica médica reclamada por los padres, debido a un actuar negligente en un procedimiento de esterilización (Smith Groff: 1996: p. 135). Siguiendo esta línea expositiva, ahondando más en esta categoría, “En el *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. Lo erróneo radica en el negligente resultado de una intervención quirúrgica de esterilidad, la que no ha cumplido con el objetivo previsto” (Aedo *et al*: 2015, p. 21).

No se trataría, en principio, de que el nacimiento sea injusto en sí, en este sentido, es dable señalar que “la reclamación de responsabilidad que interponen uno o ambos progenitores, en la que solicitan la reparación de un daño consistente en la privación de la facultad de decisión, así como en los gastos unidos al nacimiento del niño” (Vicandi Martínez: 2013, p. 41), es decir, la falta de justicia pasaría en estos casos por la pérdida de autonomía de la voluntad en cuanto a continuar o no con el embarazo, o bien “porque se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre el procrear o no” (Ibídem, p. 48), entendiendo que este es un derecho que reside tanto en la mujer respecto de su cuerpo, como en la autodeterminación de las familias, trascendiendo en ambas el tener la libertad como derecho a decidir el rumbo que desean darle a sus vidas, y también, que se trata de casos que tienen en común que los protagonistas han hecho todo lo posible por evitar la condición que les aqueja.

Es aquí donde podemos encontrar una de las causas que hace interesante esta investigación, pues es relevante mencionar que cuando se les dificulta o impide a las mujeres el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos no se les trata igual que a los hombres, pues se les imposibilita desenvolverse como agentes morales que pueden adoptar las decisiones que estimen convenientes para vivir una vida digna, entre las cuales se cuenta el control sobre el propio cuerpo (Valenzuela y Villavicencio: 2014, p. 293), por lo que resulta sumamente importante observar cómo se resuelven en cada jurisdicción los problemas que puedan derivarse de aquellos casos que versan sobre maternidades

no esperadas ni planificadas, donde el procedimiento de esterilización precisamente apuntaba a evitar tal resultado, especialmente en nuestro país, cuando las mujeres se vieron expuestas en más de una oportunidad al fallo sistemático de la dispensa de pastillas anticonceptivas, cuestión que profundizaremos más adelante. O bien, cómo resuelve en casos similares, *verbi gratia* aquellos en que se tiene la opción de terminar un embarazo en el que se puede saber con anticipación que nacerá un niño con problemas graves de salud.

Estimamos que el caso que propondremos como el ancla de esta investigación - el de las pastillas *Anulette CD* defectuosas - cae en esta categoría doctrinal y sobre la lógica de funcionamiento que nos da este instituto es que se debe razonar, y esto se confirma con lo dicho por Martín y Solé: “Los supuestos de anticoncepciones fallidas conocidos por la jurisprudencia española pueden agruparse en dos grandes categorías: (1) Operaciones de esterilización (vasectomías o ligaduras de trompas) negligentemente practicadas o practicadas de modo correcto, en las que se omite la oportuna información relativa a sus consecuencias. (2) Colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU), o puesta en circulación o comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz, que no impiden el embarazo” (Martín y Solé: 2001, p. 3).

Tomando en consideración además que “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” (Cárdenas y Rubin: 2018, p. 238), no cabe duda que el caso que expondremos en el acápite siguiente corresponde a uno de *wrongful conception* y que toca hacernos cargo de la delimitación del daño que realmente hay detrás de esta figura.

1.2. La particular situación de las pastillas Anulette CD y otros fármacos otorgados a mujeres por parte de consultorios con dependencia municipal

Este es un caso que ha provocado un gran revuelo en la opinión pública y no es cosa menor, tanto así que esta situación ha sido la fuente material de iniciativas de ley en el seno de la cámara de diputadas y diputados. En el proyecto de ley que modifica el código sanitario, para establecer una

presunción en casos de daños por anticonceptivos defectuosos, presentado por la diputada Camila Rojas Valderrama, se lee lo que sigue:

“Durante el año 2020, el Instituto de Salud Pública debió alertar de medicamentos anticonceptivos femeninos de administración oral que presentaron defectos, implicando la salida del mercado de estos productos.

- Ciclomex CD comprimidos recubiertos Serie G1810271. de fecha 28 de febrero de 2020. Como resultado de la cuantificación de gestodeno inferior al establecido en su registro sanitario, en único lote elaborado en nueva área de fabricación, detectado durante estudio de estabilidad.
- Anulette CD comprimidos recubiertos Serie B20034A2. de fecha 24 de agosto de 2020. Por detectarse envases con disposición errada de algunos comprimidos o falta de estos (placebo en ubicación de comprimido con principio activo o viceversa, falta de comprimidos.
- Anulette CD comprimidos recubiertos Serie B20035A3. de fecha 3 de septiembre de 2020. Por defectos en la calidad del envasado de los comprimidos, conteniendo alvéolos vacíos, comprimidos triturados, rotos o pisados.
- Minigest-15 comprimidos recubiertos series D19129A y D19130A, y Minigest-20 comprimidos recubiertos serie D19132A4. de fecha 05 de octubre de 2020. Por contener una menor cantidad de la sustancia activa que la declarada...

Asimismo, con fecha 23 de febrero de 2021, el Instituto de Salud Pública anuncia que el día 10 de febrero de 2021, emitió una Resolución Exenta N° 537, por medio de la cual sancionó a través de un sumario sanitario a Laboratorios Silesia S.A. y Laboratorios Andrómaco S.A., con multas que alcanzan una suma de 1.300 UTM².

¿Cómo es que se gesta toda esta situación? El diario virtual de la Universidad de Chile, informaba el día 28 de noviembre de 2020 por medio de su sitio web, una noticia con el siguiente tenor: “A fines de octubre el Instituto de Salud Pública informó a través de un comunicado la falla en un nuevo anticonceptivo, se trataba de Conti Marvelon 20 con un error en su esquema de administración. Ya había anunciado en semanas anteriores problemas con Anulette CD – que fue distribuida en centros de salud pública, y también con Minigest 15 y 20.”³ y sigue el mismo medio

² Proyecto de ley que modifica el código sanitario, para establecer una presunción en casos de daños por anticonceptivos defectuosos, disponible en: [\[https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14421&prmTIPO=INICIATIVA\]](https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14421&prmTIPO=INICIATIVA)

³Nota titulada “El método falla y el Estado es el culpable : el complejo escenario tras la entrega de anticonceptivos defectuosos”, publicada en el Diario virtual de la Universidad de Chile, con fecha 28 de noviembre de 2020 y disponible

informando que “En el caso de Anulette CD, las pastillas fueron entregadas por el Estado a través de centros de salud primaria, mientras que los otros dos anticonceptivos se distribuyeron de forma particular en farmacias. Los fallos generaron problemas para miles de mujeres a nivel nacional, problemas que no se quedan en sólo ingerir un medicamento fallido que puede provocar cambios hormonales y malestares físicos, sino que la situación ha generado consecuencias más allá: muchas mujeres han quedado embarazadas por fallas en su método anticonceptivo entregado por el Estado”⁴.

En efecto, todo esto no es más que la negativa concreción de la alerta farmacológica que levantase el día 24 de agosto del 2020⁵ el Instituto de Salud Pública, donde se dio a conocer la falla en ocho lotes de pastillas anticonceptivas de nombre comercial “Anulette CD”, agregándose en el comunicado que su distribución en farmacias no se iba a ver afectada, puesto que el error solo lo tenían aquellos formatos que se dispensan en centros de salud, sin mencionar siquiera en los comunicados qué podrían hacer quienes resultaron embarazadas como consecuencia de este error, para encontrar algún tipo de compensación, aunque fuera económica, o de ayuda psicológica que les ayudara a enfrentar la realidad de estar gestando un hijo de forma imprevista.

Semanas más tarde este hecho volvió a ocurrir respecto de nuevos lotes. Por este motivo, quienes se vieron afectadas principalmente fueron quienes concurrían a los centros de atención primaria de todo Chile, como parte de un programa de “Regulación de Fecundidad” impulsado por el Ministerio de Salud, del cual formaban parte alrededor de 400 mil mujeres⁶ y en el cual se dispensaron 276 mil cajas defectuosas, causando que al día de hoy se encuentren más de 140 mujeres enfrentando embarazos no deseados.

Este es un caso campante de *wrongful conception*, que ha puesto en un predicamento económico y emocional a todas las más de 140 mujeres que se han visto afectadas por los errores tanto de la farmacéuticas Silesia y Andrómaco, como de los CESFAM y CENABAST que, aún mediando las alertas del Instituto de Salud Pública, distribuyeron de igual forma el medicamento en malas condiciones. Como se puede leer en la nota de prensa publicada por el medio *La Tercera*: “Sin embargo, todas estas alertas llegaron tarde. De acuerdo a la información entregada por la Corporación Miles

en : [\[https://radio.uchile.cl/2020/11/28/el-metodo-falla-y-el-estado-es-el-culpable-el-complejo-escenario-tras-la-entrega-de-anticonceptivos-defectuosos/\]](https://radio.uchile.cl/2020/11/28/el-metodo-falla-y-el-estado-es-el-culpable-el-complejo-escenario-tras-la-entrega-de-anticonceptivos-defectuosos/)

⁴ Ibidem

⁵ Comunicado disponible en: [\[https://www.ispch.cl/sites/default/files/comunicado/2020/08/Scan26-08-2020-180913.pdf\]](https://www.ispch.cl/sites/default/files/comunicado/2020/08/Scan26-08-2020-180913.pdf)

⁶Nota titulada “Al menos 140 embarazos de mujeres que tomaron anticonceptivos defectuosos en Chile”, publicada en el medio virtual *eldiario.es* y disponible en: [\[https://www.eldiario.es/internacional/anticonceptivos-defectuosos-provocan-140-embarazos-chile-imposicion-maternidad_1_7275125.html\]](https://www.eldiario.es/internacional/anticonceptivos-defectuosos-provocan-140-embarazos-chile-imposicion-maternidad_1_7275125.html)

Chile, la compra de estos lotes de Anulette CD - realizada por la Cenabast - fue realizada en septiembre de 2019. O sea, un año antes. 365 días en los que los anticonceptivos estuvieron en distribución, mientras habían blisters que estaban defectuosos. 'Lo que más nos asombra es la desigualdad de los anticonceptivos respecto de otros medicamentos. Porque cuando ha habido fallas en otros fármacos, no se demoran un año en emitir la alerta. Para nosotras, se trata de una violación a la autonomía reproductiva de las personas y en definitiva, significa dejar de lado la planificación familiar y proyectos de vida de las mujeres', analiza Javiera Canales, coordinadora legal de Miles Chile⁷.

En el proyecto de ley citado más arriba, hay otro elemento que no se puede dejar fuera de análisis: "la actual normativa impone la obligación de probar el nexo causal a la mujer, incurriendo en una doble victimización, pues es ella quien ha soportado el daño y debe, además, probar que el embarazo es consecuencia de este, pese a que exista conocimiento público respecto del error, exista una sanción administrativa y/o haya sido asumido por la empresa. Asimismo, la sanción administrativa aplicada por el ISP, que resulta ser el mecanismo inmediato para investigar y sancionar estos hechos, no contemplan mecanismos de reparación para las afectadas, debiendo someterse a un juicio ordinario para buscar algún tipo de reparación ante un hecho que tiene consecuencias de por vida, como es el embarazo no planificado"⁸.

Todos estos elementos hacen particularmente interesante la investigación, sobre todo respecto de qué opciones jurídicas tienen las involucradas en estos casos, puesto que la respuesta obtenida, de alguna forma, significará un paso en la reivindicación de los derechos de las mujeres en el país, especialmente de aquellas mujeres que se ven en la necesidad de enfrentarse a la realidad del sistema público, con todas las limitaciones y desafíos que aquello implica.

2. ¿QUÉ ES LO QUE PUEDE DECIR EL DERECHO Y EN PARTICULAR EL DERECHO CIVIL RESPECTO DE ESTOS CASOS?

Ante casos como los expuestos en el punto anterior, el Derecho no puede quedarse ajeno, sobre todo el Derecho Privado, y en particular el Derecho Civil, puesto que es el que históricamente

⁷ Nota de prensa, "Quedar embarazada con un anticonceptivo defectuoso", publicada el 23 de febrero de 2021, en la *Revista Paula* del diario *La Tercera* y disponible en: [<https://www.latercera.com/paula/quedar-embarazada-con-un-anticonceptivo-defectuoso-no-sabemos-realmente-cuantas-fueron-afectadas/>]

⁸ Proyecto de ley que modifica el código sanitario, para establecer una presunción en casos de daños por anticonceptivos defectuosos, disponible en: [<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14421&prmTIPO=INICIATIVA>]

ha sido empleado para la regulación de los aspectos más esenciales de la vida de las personas, en cuanto a relaciones entre pares refiere, como lo son la responsabilidad, las obligaciones, el patrimonio y en general aquellas cuestiones que quedan en el orden del Derecho común.

Se debe considerar que los casos expuestos en el capítulo primero d57e este trabajo, son evidentemente complejos e implican un desafío tanto desde el punto del derecho civil y también procesal, puesto que la configuración de la acción respectiva y el sustrato de fondo de esta, es clave para el éxito de las pretensiones indemnizatorias ante los tribunales de justicia respectivo.

No puede obviarse tampoco que las víctimas de esta situación son mujeres, lo que ya constituye una desventaja en una sociedad patriarcal, tanto en las pretensiones jurídicas como sociales, y para variar, se trata de personas que padecen de la suficiente vulnerabilidad social como para tener que acudir a los CESFAM de carácter público para poder hacer efectivos los derechos al acceso a la salud y a la libertad reproductiva y sexual. Por lo demás, que un servicio que se supone deba funcionar con los estándares mínimos de calidad falle en un menester tan delicado, es motivo para elucubrar un camino civil en búsqueda de la indemnización. Para este objetivo es precisamente este capítulo, que discurrirá respecto de las instituciones relevantes de la responsabilidad extracontractual para el caso en cuestión, todo en miras de ofrecer las herramientas para la debida reparación conforme a derecho de los intereses y libertades lesionadas.

2.1. Responsabilidad civil ¿contractual o extracontractual?

Lo primero es definir si es que acaso estamos ante eventos que constituyen responsabilidad contractual, o si por el contrario nos enfrentamos a situaciones que podrían encuadrarse en el campo de la responsabilidad aquiliana. Para lograr este cometido, se ofrecerá un concepto y una delimitación de las mentadas instituciones, y luego se procederá a encajar las circunstancias fácticas que motivan este estudio en la parcela dogmática que corresponda.

La responsabilidad civil en sentido amplio, puede ser considerada como “el deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación... la obligación es un deber de conducta tipificado en la ley” (Rodríguez Grez: 2009, p. 11). Esta responsabilidad civil tiene dos claras manifestaciones, contractual y extracontractual, las cuales encuentran un reconocimiento a nivel legal en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1437 del Código Civil, enunciado normativo que versa respecto de la llamada “clasificación pentapartita de las

fuentes de las obligaciones” y entre estas fuentes se puede encontrar tanto al contrato (relacionado a la responsabilidad contractual) como al delito y cuasidelito (responsabilidad extracontractual). La cita de este artículo no es baladí, dado que constituye un buen punto de partida para el tratamiento de la materia en cuestión.

Así las cosas y ya haciéndonos cargo de cada una de las categorías en particular, en lo que refiere a la responsabilidad civil contractual, esta puede entenderse tomando como base el origen de la obligación incumplida que genera el perjuicio a resarcir, en el sentido que “si la obligación que se deja de satisfacer deriva de un contrato (o convención en el lenguaje del artículo 1438 del CC), lo cual supone el acuerdo de voluntades del acreedor y del deudor, estamos frente a la responsabilidad contractual” (Rodríguez Grez: 2009, p. 20). Y a mayor abundamiento, “los requisitos necesarios para que proceda la indemnización de perjuicios contractual son los siguientes: 1) infracción de una obligación preexistente y constitución en mora del deudor; 2) que la infracción sea imputable al deudor, esto es, atribuirle a dolo o culpa suyos; 3) que la infracción cause daño al acreedor; 4) que exista una relación de causa a efecto entre el hecho culpable o doloso y el daño sufrido. Esos requisitos pueden formularse de manera diferente” (De la Maza Rivadeneira: 1989, p. 619).

A su vez, Corral Talciani expone que “en Chile, los autores entienden que la responsabilidad contractual supone una obligación anterior y se genera entre personas ligadas por un vínculo jurídico pre-existente, a cuya violación sirve de sanción; en cambio, la responsabilidad delictual o cuasidelictual supone la ausencia de obligación previa, se produce entre personas hasta entonces jurídicamente extrañas (por lo menos en cuanto al hecho de que deriva), y es ella la que crea la obligación de pagar el daño” (Corral Talciani: 2011, p. 25).

Aún en este punto, el profesor Barros al tratar el tema en cuestión, aporta a la investigación que “la responsabilidad extracontractual está desarrollada en un breve título, al final de las fuentes de las obligaciones (artículos 2314 y ss); y siguiendo el modelo del Código francés, está construida bajo una cláusula general de responsabilidad por culpa o dolo y no contiene reglas especiales acerca de los efectos de la responsabilidad... Conviene resaltar que existe una *diferencia de grado* entre la obligación indemnizatoria que surge del contrato y del ilícito contractual. En efecto, mientras en el contrato existe una obligación principal, cuyo incumplimiento da lugar a una obligación indemnizatoria derivada, en sede extracontractual la relación obligatoria entre las partes recién nace del hecho que causa daño y que da lugar a la responsabilidad” (Barros Bourie: 2010, p. 19).

Con todo lo dicho, se debe encasillar la seguidilla de problemas acaecidos mayoritariamente en consultorios chilenos a raíz de la distribución de pastillas defectuosas *Anullete CD* y otras, y

considerando que estas fueron adquiridas y posteriormente distribuidas por CENABAST, dependiente del Ministerio de Salud y luego entregadas a las consumidoras finales por medio de un organismo como lo es un CESFAM dependiente de una municipalidad. De forma intuitiva lo primero que debería indicarse, es que se estaría bajo el paraguas de una relación contractual, por lo menos entre los fabricantes de las pastillas, los laboratorios Andrómaco y Silesia, ambos del grupo Grünenthal Chile y la CENABAST, institución pública que habría contratado de forma onerosa con los mentados laboratorios, para la adquisición y posterior distribución de las pastillas anticonceptivas en los distintos CESFAM donde fueron a parar. Entre los contratos que se han celebrado, se cuenta aquel que fue que consta en la Resolución Exenta N°6463 , de 3 de diciembre de 2019, emanado de CENABAST, que está bajo el imperio normativo de la resolución exenta N°6224/2017 de la misma CENABAST.

Pero este es un escenario complejo, dado que las perjudicadas finales fueron las mujeres que sufrieron los efectos de las pastillas defectuosas y sobre ellas, es perfectamente posible argüir que estamos más ante un caso de responsabilidad extracontractual que de uno de carácter contractual.

En efecto, a pesar de que, por los antecedentes expuestos es dable afirmar que independiente de la figura contractual en específico, hay responsabilidad civil contractual, el profesor Barros Bourie problematiza al respecto analizando ciertas preguntas que surgen a raíz del estudio de la responsabilidad civil y lo hace en los siguientes términos: “algunos ejemplos cotidianos pueden ayudar a descubrir los tipos de preguntas que plantea a abogados y jueces el juicio de responsabilidad civil... 1) Un avión se precipita a tierra a consecuencias de un desperfecto técnico, causando la muerte de la tripulación y sus pasajeros... 4) Una botella gaseosa estalla provocando la pérdida de un ojo del consumidor que se disponía a abrirla.... En los casos 1) y 4) existen contratos de transporte y compraventa respectivamente: ¿están obligadas las víctimas a fundar su acción en el contrato o pueden escoger entre ésta y la acción de responsabilidad extracontractual?” (Barros Bourie: 2010, pp. 17-18).

¿Podrían elegir las afectadas entre algunos de los regímenes de responsabilidad ya expuestos? El profesor Corral Talciani en un trabajo respecto de la concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el ámbito de los daños causados por accidentes de trabajo, expone que en primer lugar, ha de considerarse que la acción es una pretensión judicial encaminada a dar efectividad a un derecho o posición jurídica, y en este sentido, esta pretensión judicial se integraría de tres elementos, a saber, (i) el sujeto titular de la acción, (ii) el objeto pedido y (iii) la causa de pedir, que es el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio (Corral Talciani: 2010, p. 3). Corral pone atención en este último elemento, el de la causa de pedir, dado que este factor nos dará una respuesta en torno a si es posible la distinción de acciones o la “teoría de la opción”, en los siguientes

términos: “en nuestra opinión, en los procesos de responsabilidad, la causa de pedir no solo está compuesta por los hechos que dan lugar a ella, sino por la calificación jurídica de dichos hechos y, especialmente, por la determinación de si la obligación de reparar se rige por el estatuto de la responsabilidad contractual o por el de la responsabilidad extracontractual. Puede decirse, en consecuencia, que la dualidad de regímenes produce una dualidad de acciones y que el litigante debe elegir correctamente la acción que corresponde a su pretensión, so pena que ella sea desechada” (Ibídem).

Lo expuesto en el párrafo anterior nos lleva al problema del mal llamado “cúmulo de acciones” o “conurrencia de responsabilidad”, tópico que ha generado más de una opinión en la doctrina civilista. En una postura canónica o tradicional respecto del problema, la discusión no podría existir, porque ante la existencia de un remoto vínculo contractual entre la víctima y el deudor, ha de optarse por el régimen de responsabilidad contractual, por ser este la regla general en torno a la materia de la responsabilidad, y porque tendría más regulación en el Código Civil, puesto que la teoría de la responsabilidad se yergue en torno al régimen contractual. Un defensor de esta postura pétrea en torno al problema, es el profesor Rodríguez Grez, quien en una de sus monografías escribe lo que sigue sobre el respecto: “sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han rechazado el llamado cúmulo u opción de responsabilidad, entendiendo que el acreedor solo puede reclamar la responsabilidad contractual. Para llegar a esta conclusión, basta con señalar que si las partes han establecido el estatuto jurídico al cual someterán sus relaciones jurídicas, no pueden desatenderse de él, optando por uno diferente (el estatuto de la responsabilidad delictual)” (Rodríguez Grez: 2009, p. 31).

El profesor Pedro Zelaya, en un artículo destinado al estudio de la responsabilidad civil de hospitales y clínicas, dedica parte de su trabajo al tratamiento del “cúmulo de responsabilidades” y primero reconoce la existencia del problema en los siguientes términos: “el llamado cúmulo de responsabilidades se produce toda vez que, durante la ejecución de un contrato o con ocasión de su cumplimiento, una de las partes contratantes causa un daño a la persona o propiedad de la otra” (Zelaya Etchegaray: 2009, p. 969) y continúa su exposición con la ratificación de la postura tradicional en nuestro país, al existir vínculo contractual previo, se anula toda posibilidad de opción, cuestión que fue muy potente en la doctrina de Arturo Alessandri, quien trabajaba en torno a postulados de los autores franceses de su época y de la mano de los galos Mazeaud, Aubry et Rau, Savatier, entre otros. Doctrina antigua donde en definitiva se reconoce limitadísima aplicación a la institución de la concurrencia de responsabilidades, sólo en aquellos casos en que así lo hayan pactado las partes, o bien, cuando la inejecución de la obligación contractual constituye delito (Ibídem, pp. 970-971). Sin

embargo, Zelaya da otra vuelta de tuerca y ofrece otra perspectiva dentro del análisis, sobre todo razonando en la base de aquellos perjuicios y daños que pueden ocurrir en el ámbito clínico-hospitalario, esto en razón que “es una realidad innegable que los daños causados al paciente con ocasión de un intervención quirúrgica pueden revestir simultáneamente las características propias de una infracción contractual (al contrato de hospitalización y/o asistencia sanitaria) y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil (la violación del deber general de actuar con diligencia y/o causar daño a otro). De esta forma, surge con toda su fuerza el mal denominado cúmulo u opción de responsabilidades... Por ello la aplicación estricta e indiscriminada de la doctrina del *non cumul* (negativa de la opción) no tiene una clara justificación, toda vez que hoy - en este preciso campo - se hace muy difícil definir y determinar con precisión los límites entre la responsabilidad contractual y extracontractual del hospital y/o de los médicos” (Ibídem, p. 973).

Queda de manifiesto la importancia de reconocer la teoría del cúmulo o de concurrencia de responsabilidades para la solución de casos complejos como el de las pastillas anticonceptivas defectuosas y en vista de las similitudes que se pueden trazar entre los casos hospitalarios caracterizados por Zelaya y los casos de concepciones injustas, es del todo posible abrir las puertas del cúmulo de responsabilidades a las personas afectadas por *Anulette CD*.

A mayor abundamiento, la profesora Carmen Domínguez en una ponencia respecto del mal llamado cúmulo de responsabilidades, reconoce la existencia de cierta apreciación distinta a la visión clásica que se puede verificar a nivel jurisprudencial en los casos de responsabilidad civil médica, porque las diferencias de trato resarcitorio hacen necesario una segunda revisión del tema en cuestión (Domínguez Hidalgo: 2008, p. 2), y agrega la profesora de la Universidad Católica, además de la necesaria supresión del vocablo “cúmulo” para denominar a la concurrencia de responsabilidad, que “la existencia de un vínculo contractual no basta para calificar a todo daño como contractual, pues sino proviene de la infracción del contrato se trata de claro supuesto de daño extracontractual. Así sucede cada vez que se producen daños entre personas ligadas por un contrato, pero no encuentran su fuente en alguna forma de incumplimiento de la convención que les une. En otros términos, aunque estén vinculados por un contrato, los perjuicios se han producido por acciones u omisiones que ninguna conexión tiene con los deberes que emanan para ellos del referido contrato” (Ibídem, p. 4).

Siguiendo con Domínguez, ella expone que “los casos típicos de concurrencia son ciertamente los de los daños derivados de la culpa *in contrabando*, mal denominados en Chile de responsabilidad precontractual. Se ha discutido largamente si también lo son aquellos en que el daño se ha producido en ciertos bienes de la persona, tales como vida, integridad física, salud, entre otras cosas, como sucede

en el contrato de transporte de personas, de trabajo o de prestación de servicios médicos. En todos ellos, el daño moral producido ha sido considerado muchas veces como fronterizo, aunque ello no sea efectivo sino en ciertos casos muy específicos” (Ibídem).

En razón de todo lo expuesto, es que es del todo razonable pensar en la procedencia de la “Teoría de la opción” para el problema planteado en esta investigación, y en esta concurrencia de responsabilidades, restaría indicar cuál es la que debe terminar prevaleciendo. Por efectos prácticos y para mejores resultados indemnizatorios y de determinación del sujeto pasivo de la acción respectiva, esta tesina se inclina por el estatuto de la responsabilidad extracontractual, a pesar de la prueba del elemento culpabilidad, por las razones que se pasan a exponer, tomadas en base de lo trabajado por Zelaya (2009, p. 974):

- En caso de privilegiar la vía contractual, las afectadas por las pastillas defectuosas podrían ver seriamente limitado el monto de la indemnización, por cuanto sólo podrían demandar los perjuicios directos y previstos, no pudiendo reclamar sobre los imprevistos, a no ser que haya mediado dolo o culpa contractual.
- En segundo lugar, en la visión general de Zelaya, podrían existir problemas en torno a la indemnización del daño moral, ya que, se entendía que por regla general el daño moral no es un rubro indemnizable en materia contractual. Se entiende que esta postura al día de hoy se encuentra superada en el nuevo derecho de los contratos, donde sí se admite la procedencia del daño moral en la sede contractual y de aquello da cuenta Íñigo de la Maza Gazmuri con las siguientes palabras: “Al menos sobre una cosa existe claridad, y es que la cuestión del daño moral en materia de contratos no resulta clara, ni en Chile ni en ninguna parte. La claridad comenzó a acabarse junto a la cerrada disciplina que negaba todo tipo de daño moral en materia contractual. Luego vinieron las sentencias que, preliminarmente y para ciertos contratos, aceptaron su procedencia. Finalmente, al menos en el ámbito chileno, la sentencia de 20 de octubre de 1994, por así decirlo, puso fin al *ancient regime*, pavimentando el camino hacia una amplia aceptación del daño moral por incumplimiento contractual” (De la Maza Gazmuri: 2018, p. 275). Sin embargo e independiente de la discusión doctrinal planteada en este párrafo, el privilegiar la vía aquiliana permitiría que el daño moral, los daños a la salud psicológica de las afectadas y sobre todo las afrentas a la libertad reproductiva y sexual, tengan más opciones de tener reparación efectiva en los estrados civiles, porque al ser alegado este rubro por medio de la vía extracontractual, no encontraría reparos de parte de algún juzgador que aún esté bajo el paraguas de la antigua postura.

- En tercer lugar, se menciona un asunto que es de suprema importancia para la efectiva tutela de derechos de las afectadas y la correcta configuración de la acción procesal respectiva, y sobre todo lo referente a los sujetos pasivos, porque si se eligiese la vía contractual “el actor no podrá gozar ni aprovecharse de la presunción de solidaridad pasiva establecida en el artículo 2317, ya que en materia contractual las obligaciones son mancomunadas y la solidaridad necesita de texto expreso” (Zelaya: 2009, p. 975). Como ya se mencionó, esta perspectiva de análisis es clave, debido que ante la complejidad tanto de forma como de fondo que ofrece un caso con estas características, la correcta identificación de un sujeto pasivo de la acción y un deudor efectivo de la obligación generada se tornan indispensables para la correcta obtención de una futura indemnización y la consecuente justicia material.
- Como último punto que decanta la balanza en favor de la responsabilidad delictual que expone Zelaya a raíz de la responsabilidad médica y hospitalaria, y que tiene la misma lógica para los casos objeto de esta investigación, es lo que sigue “En muchos ordenamientos como el nuestro - y a diferencia de otros (por ejemplo, el parágrafo 271 BGB) -, no existe una norma que establezca expresamente la responsabilidad contractual del deudor por el hecho ajeno (responsabilidad contractual por el hecho de sus auxiliares), sino que solo se contemplan disposiciones que establecen una responsabilidad extracontractual por el hecho de los dependientes” (Zelaya: 2009, p. 974).

Estas ventajas harían que, a criterio de los escritores de esta tesina, sea más conveniente para las víctimas desde un punto de vista procesal y de fondo también, adherir a la responsabilidad aquiliana y buscar las indemnizaciones correspondientes en la sede extracontractual.

2.2. Algunas consideraciones respecto de la responsabilidad civil extracontractual relevantes para la investigación

2.2.1. Elementos de la responsabilidad extracontractual. Su configuración en el caso de marras.

A continuación toca hacer algunas consideraciones respecto de la responsabilidad aquiliana, tal y como lo anticipa el título de este acápite. Es menester partir el desarrollo de este apartado considerando cuáles serían los elementos de esta responsabilidad extracontractual o delictual. El profesor de derecho administrativo y actual Contralor General, Jorge Bermúdez, ofrece una pequeña

aproximación sobre el respecto: “Para que surja la responsabilidad extracontractual es necesario que se presenten los siguientes elementos: i) existencia de un daño, ii) reprochabilidad dolosa o culposa del agente que realiza el daño, iii) relación de causalidad. Sin duda uno de los elementos distintivos de un sistema subjetivo de responsabilidad, y que precisamente le da el nombre, es el de la presencia de dolo o culpa en el actuar dañoso del agente. Dicho elemento sólo será imputable a aquel a quien se estima capaz del mismo, cuestión que se determinará de acuerdo con las reglas generales sobre capacidad de las personas” (Bermúdez Soto: 2002, p. 253).

A mayor abundamiento, el profesor Barros en su tratado referente al tema, hace mención a que “El derecho de la responsabilidad civil debe resolver en concreto el punto en que el ejercicio de la libertad de unos entra en colisión con los intereses de otros, en términos que nace para éstos el derecho a ser reparado por los daños que ha soportado. De acuerdo con el principio de que cada cual soporta sus daños, a menos que haya una razón para atribuir a un tercero la obligación de repararlos (*casum sentit dominum*), la pregunta esencial que plantea la responsabilidad civil se refiere precisamente a las razones que justifican darla por establecida. En otras palabras, sólo habrá responsabilidad en la medida que se cumplan los requisitos que el propio derecho establece” (Barros Bourie: 2010, p. 61). Sigue este autor exponiendo que es fundamental para la atribución de responsabilidad que el daño se deba a la culpa o negligencia del demandado, o bien de la persona por la cual este responda, y esta precisión no debe perderse de vista, porque la idea de culpa aparece en enunciados normativos que establecen el sistema general de responsabilidad en el derecho civil chileno (Ibídem, p. 62).

Por último, en visión de Barros, lo que él denomina los elementos del juicio de responsabilidad por culpa o negligencia son los siguientes: “Los requisitos de la responsabilidad civil por culpa o negligencia pueden ser ordenados en cuatro grupos: i) una acción libre de un sujeto capaz, ii) realizada con dolo o negligencia, iii) que el demandante haya sufrido un daño y iv) que entre la relación culpable y el daño exista una relación causal” (Barros Bourie: 2010, p. 62).

Estimamos que la configuración de los elementos de la responsabilidad extracontractual en función de los hechos que motivan esta investigación viene mejor dada por la conceptualización que hace sobre el respecto el profesor Barros. A continuación se ofrece un análisis de los elementos que identifica el mentado profesor, aplicados al caso en concreto:

A) “Una acción libre de un sujeto capaz”:

El acto o el “hecho del hombre” (Rodríguez Grez: 2009, p. 117), es la piedra angular en torno a la cual se levanta todo el resto del iter de responsabilidad aquiliana, sin acto, o bien, una omisión, no hay nada que desarrollar sobre el respecto. Esto es capital tanto en el Derecho civil, como en el Derecho penal, rama del Derecho donde se ha escrito una plétora de obras respecto del tema, y donde se ha levantado más de alguna teoría para entender en toda su complejidad el fenómeno de la acción humana aplicado a las ciencias jurídicas, como lo son el “causalismo” y el “finalismo”, para un muestra un botón. Un penalista, al definir el hecho lo hace de la siguiente manera: “El hecho es la realización, mediante una actividad o una inactividad de un acontecimiento trascendente, que produce una modificación o una quietud en el mundo exterior... La actuación, es tanto hacer, accionar, no mover, no obrar, o no actuar, pues por lo que respecta a la actitud del hombre frente a la vida fenoménica, comprende conjuntamente la actividad y la inactividad” (Cousiño Mac Iver: 1975, p. 325).

Desde la perspectiva civilista, Puig Brutau expone que los ilícitos civiles “son actos u omisiones en que interviene la culpa (dolo) o negligencia no tipificados por la ley penal, pero susceptibles de dar origen a una acción de reparación o indemnización en el ámbito civil” (Puig Brutau: 1979, p. 75).

En base a las definiciones doctrinales otorgadas, y al tenor literal de los hechos motivos de esta investigación, tanto los laboratorios productores de las pastillas como los entes públicos distribuidores de las mismas, han incurrido en acciones u omisiones que adolecen de grados de negligencia, por ende, el elemento de la acción libre si se verificaría en este caso, dado que los desafortunados sucesos producidos por los ya citados agentes, han producido daños patrimoniales y no patrimoniales en personas determinadas.

Respecto de este primer elemento resta trabajar respecto de la capacidad delictual o cuasi delictual para ejercer tales actos. De buenas a primeras, esto es algo que no debería generar conflictos, puesto que los agentes son personas jurídicas y como tales están reguladas en el artículo 545 de nuestro Código Civil, que es de aquellas normas que no ha recibido modificación alguna desde la entrada en vigencia del código en 1857 y que dejaría meridianamente claro que las personas jurídicas sí pueden y deben responder tanto en la sede contractual como en la extracontractual de sus actos, y así lo ha expresado Pedro Zelaya respecto de las personas jurídicas de derecho privado, en los siguientes términos: “Las personas jurídicas de derecho privado, aunque incapaces de delito y cuasi delito penal, son capaces de delito y cuasi delito civil: están obligadas a indemnizar los daños que causaren, con dolo o culpa, las personas naturales que en su representación o que se encuentren bajo su dependencia o servicio” (Zelaya Etchegaray: 1986, p. 526). En la misma dirección se ha manifestado el profesor Carlos Pizarro Wilson, pero esta vez respecto de otras personas jurídicas contenidas en el artículo 545

CC.Ch: “Las personas jurídicas sin fines de lucro pueden ser sujetos activos o pasivos de una acción de reparación. Respecto de la legitimación activa para demandar perjuicios no existe mayor controversia. En cuanto a la legitimación pasiva, sin duda, las corporaciones y las fundaciones pueden ser objeto de una demanda de indemnización de perjuicios de manera similar a la persona natural. El artículo 545 del Código Civil establece que *se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles*. A su turno, el artículo 39 del antiguo Código de Procedimiento Penal, al excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dejaba salva la posibilidad de responsabilidad civil” (Pizarro Wilson: 2004, p. 106).

Empero, esto no es una respuesta tan fácil, sobre todo en miras de generar una correcta investigación, dado que se debe tener en cuenta cómo es que responde extracontractualmente una persona jurídica y más aún una persona jurídica de derecho público y de eso nos haremos cargo en otro apartado de esta investigación.

B) “Realizada con dolo o negligencia”:

En este apartado hay que hacer mención a la culpabilidad, o más bien, reprochabilidad como elemento de la responsabilidad extracontractual, requisito de la responsabilidad que puede estar constituido por el dolo o la culpa en cualquiera de sus variantes. Sobre este elemento, la doctrina clásica se ha mostrado escéptica en cuanto a su real relevancia práctica, lo que queda en evidencia con lo expuesto por el profesor Arturo Alessandri Rodríguez respecto de la distinción entre delito y cuasidelito civil, la cual es tributaria de este elemento: “La distinción entre delito y cuasidelito civil es, en realidad, inútil. Carece de justificación teórica, porque ambos son hechos ilícitos. Carece también de interés práctico, porque uno y otro obligan a su autor a reparar el daño causado en idéntica forma y en su totalidad, toda vez que el monto de la indemnización se regula en atención y no a la naturaleza del hecho que lo generó. Tanto es así que nuestro Código Civil los ha sometido a una misma y única reglamentación y siempre los menciona conjuntamente (arts. 1437, 2314, 2318, 2319, 2321, 2325 y 2329)” (Alessandri Rodríguez: 1943, p. 644).

Sin embargo, esta apreciación ha sido revisada por la doctrina contemporánea y sin ir muy lejos, entre los profesores nacionales, Cristián Banfi del Río hace un estudio respecto de este tema, a la luz de la situación vigente en torno a los *torts*, elemento esencial del derecho de daños en el *common law*. En el mentado escrito, Banfi escribe lo que sigue “En primer lugar, desde una perspectiva no sólo normativa, sino descriptiva, el dolo es y debe ser un requisito esencial para imputar el deber de reparar

los daños emanados del ejercicio de la libertad de competir y del derecho a actuar en el proceso. Como se verá, los sistemas jurídicos inglés y nacional evidencian una alta coincidencia en el tratamiento de la responsabilidad por actos de competencia desleal y ejercicio abusivo de acciones judiciales. En segundo lugar, desde un punto de vista propositivo, el dolo debiera desencadenar una responsabilidad más amplia que la negligencia (no grave) y la culpa concurrente de la víctima debiera ser absorbida por el dolo del autor del daño” (Banfi del Río: 2017, p. 72).

Con lo mencionado más arriba, se abre el paso a poder hacer distinciones entre dolo y culpa/negligencia, puesto que esto podría tener relevancia práctica derivada de la configuración de uno u otro instituto al caso en cuestión. Para otorgar concreción a cada uno de estos, partimos con el dolo y el mismo profesor Banfi en otro trabajo del año 2000, otorga una conceptualización del dolo para efectos civiles: “nuestros tribunales han sostenido que el dolo implica la intención positiva de inferir daños, una voluntad concreta y demostrada en hechos precisos que, sin lugar a dudas, establezcan la intención dañada del sujeto en algún acto encaminado a claramente perjudicar a otro, exteriorizando en actos que demuestren el propósito de dañar a otro” (Banfi del Río: 2000, p. 296). Por su parte, la culpa es entendida por Aedo de la siguiente manera: “¿Qué es la culpa para la responsabilidad civil extracontractual?, en la dogmática moderna, es mayoritaria la idea de que la culpa debe ser definida como la infracción del deber de cuidado... A nuestro juicio, sin embargo, la cuestión sobre el concepto de la culpa no queda resuelta al afirmar que esta se traduce en la vulneración de un estándar de comportamiento social” (Aedo Barrena: 2014, p. 706).

A fin de cuentas, es evidente que está presente este elemento considerando los actos de las personas jurídicas involucradas, siendo una negligencia grave lo que ha ocurrido acá, considerando que los procesos productivos no se llevaron conforme al ejercicio esperado de la ciencia médica y farmacéutica, ni tampoco existe deber de cuidado respecto de la distribución de las pastillas por parte de CENABAST.

C) “Que el demandante haya sufrido daño”:

Tomando la noción de “daño” que brindan autores como Alessandri, quien decía que este sería “todo detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.” (1943, p. 210), es del todo posible empezar a construir un camino en búsqueda de la responsabilidad civil de los sujetos responsables que forman parte de los casos e hipotéticos expuestos a lo largo de este trabajo, más aún teniendo en consideración que, en

palabras de Aedo Barrena: “los sistemas de responsabilidad civil, tanto en Chile, como en el derecho comparado, han evolucionado hacia un criterio práctico; buscan, de esta forma, defender de manera más adecuada a la víctima y procurarle el resarcimiento eficaz y oportuno de todo daño” (Aedo Barrena: 2014, p. 22).

En esta visión del daño y de la responsabilidad civil, que pone el acento en la real reparación de los perjuicios de la víctima, no cabría más que decir que ante estos casos solo debieran aplicarse las reglas generales para abordar cualquier situación emanada de la responsabilidad civil y la reparación del daño, sea que entendamos que el daño es producido por el nacimiento mismo del niño, o bien por la afrenta a la libertad sexual y reproductiva de las mujeres afectadas o cualquier otro factor, puesto que independiente del hecho generador, hay una situación que ha generado una turbación anormal, una lesión a la situación lícita, en definitiva, un daño patrimonial y extrapatrimonial (Diez Schwerter: 1997, p. 30), directo e indirecto a las mujeres afectadas por esta situación.

Sin embargo, estos casos en particular plantean una serie de dificultades y puntos de análisis que no deben ser dejados de lado, tanto desde el punto de vista dogmático como moral, porque como se ha anticipado en líneas anteriores, no es posible afirmar de buenas a primeras y de forma certera cuál fue en definitiva el hecho generador del daño, porque se torna complicado expresar sin tapujos que el nacimiento de un niño no deseado constituya en sí un daño indemnizable en los términos tradicionales de la responsabilidad civil, o bien, una lesión a un interés, entendido éste como “cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para el sujeto, satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rechace un dolor” (Diez Schwerter: 1997, p. 25).

La disputa sobre este punto, la cual es capital para este trabajo, será objeto de todo el capítulo tercero de esta tesina, en el cual revelamos según nuestro criterio cuál es el verdadero ente generador del daño.

D) “Relación de causalidad”

Sobre la relación de causalidad o el nexo causal se han elucubrado varias teorías por parte de los autores para explicar su sentido y alcance, esto debido a que es un asunto de gran importancia tanto en el estudio del derecho civil, como del derecho penal. Esta gran cantidad de teorías van desde aquellas que son de corte meramente naturalista, como la de equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non*, hasta aquellas que son de un desarrollo contemporáneo y de raigambre normativa, como lo es la teoría de la imputación objetiva. Por cuestiones de espacio, no nos haremos cargo de estas

categorías doctrinales, ni de las discusiones dogmáticas que están detrás, empero ofrecemos en esta investigación un concepto del instituto en cuestión para ver su aplicación al problema concreto: “El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad” (Patiño: 2008, p. 193).

Es claro que existe un nexo causal entre el hecho generador, las pastillas anticonceptivas defectuosas y el daño efectivo generado a las mujeres que las consumieron, más teniendo en consideración que no concurre ninguna de las causales de exoneración de responsabilidad aquiliana.

2.2.2. Rubros indemnizatorios posibles

Este apartado demanda incursionar en los tipos de daños, los cuales pueden clasificarse en dos grandes grupos, donde primero se encontrará el daño patrimonial, el cual puede manifestarse como daño emergente, lucro cesante y se encuentra aceptada también la pérdida de una chance. Por otro lado tenemos el daño extrapatrimonial que se compone del daño moral.

Resta plantear la pregunta, ¿cuál de todos estos daños o rubros indemnizatorios puede configurarse en el caso de marras? se examinará cada uno para certificar o no su concurrencia.

A) “Daño emergente como daño patrimonial”:

El profesor René Abeliuk, en su monografía respecto de las Obligaciones, escribe lo que sigue respecto del daño emergente y el lucro cesante: “Daño emergente y lucro cesante. Dice el Art. 1556, “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptuándose los casos en que la ley limita expresamente al daño emergente”. De manera que por regla general ambos perjuicios son igualmente indemnizables, pero la ley no ha definido uno u otro. La distinción entre ellos deriva de que el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio del acreedor” (Abeliuk: 2009, p. 879). La definición otorgada está pensada en el daño emergente contractual, porque desde la trinchera extracontractual, un autor

ha dicho lo que sigue: “El daño emergente está constituido por el detrimento patrimonial efectivo que experimenta una persona. Su existencia importa, por lo tanto, un empobrecimiento real, esto es, la desaparición por obra del ilícito civil de un bien que formaba parte del activo del patrimonio” (Figueroa Yáñez: 2012, p. 138).

A la luz de la definición transcrita, no queda más que afirmar la existencia de un daño emergente para las mujeres afectadas, porque el hecho generador del entramado de responsabilidad extracontractual que se estudia en estas líneas, generó en la práctica todos y cada uno de los gastos que demanda un embarazo, consultas médicas y los gastos de trabajo de parto, que son una reducción efectiva en el patrimonio de las víctimas. Eso sin contar los gastos propios de la crianza, los alimentos y la manutención en general que implica la vida de cualquier ser humano en sus primeros años y adolescencia, gastos que caerían dentro de la categoría de también un daño emergente, pero futuro.

B) “Lucro cesante como daño patrimonial”:

Toca tratar el posible lucro cesante en este estudio y para estos efectos, el profesor Peñailillo ha expuesto lo siguiente: “La formación del concepto de lucro cesante está asociado a dos factores cercanos: el daño emergente y las dos ramas de la responsabilidad civil. En la vinculación, el primero cumple una función contrastante, el segundo determina su principal campo de aplicación. Con estos ingredientes, unidos al examen de doctrina, precedentes judiciales y textos que lo recogen (más adelante serán consignados) que van reiterando constantemente ciertos elementos que pasan a ser los sustanciales, el concepto puede ser formulado mediante varias expresiones, equivalentes y breves; las más repetidas son: ganancia esperada, ganancia frustrada, pérdida de ganancia. Sobre esta base podemos decir que mientras el daño emergente es la pérdida sufrida, el lucro cesante es la ganancia esperada que no se obtuvo debido al incumplimiento del contrato o al hecho dañino” (Peñailillo Arévalo: 2018, p.10).

También podrá ser reclamable un lucro cesante por parte de las afectadas, dado que el embarazo provocado por la mala composición de aquellas pastillas las despoja de poder ejercer sus actividades lucrativas habituales, por lo menos el tiempo que dure el embarazo y el tiempo que se destina dentro de los primeros años a estar con los niños, demanda de alguna u otra forma la postergación del plan de vida tanto personal como profesional en pos de la obtención de un correcto cuidado y crianza del niño.

C) “Pérdida de una chance como daño patrimonial”:

Esta figura se ha estudiado desde hace ya varias décadas en otros países y desde sus génesis ha generado gran interés en la doctrina del derecho civil. Baraona expone que “Desde la célebre sentencia de la Corte de Grenoble de 24 de octubre de 1961, en Francia se introduce el concepto de *pérdida de una chance* (*perte d’un chance*) para referirse a problemas de responsabilidad, especialmente en el ámbito de la negligencia médica, cuando lo que se pierde es la posibilidad seria de un evento favorable” (Baraona: 2008, p. 29). A mayor abundamiento, el profesor Barría de la Universidad de Concepción, escribe referente a este tema: “Cuando hablamos de la pérdida de oportunidad, o de la chance, siguiendo el conocido galicismo aceptado por la Real Academia Española de la Lengua, nos referimos, en general, a una situación jurídica consistente en que una persona pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien, material o inmaterial, una ventaja o un beneficio, debido a la acción u omisión de otro individuo” (Barría: 2019, p. 237)

Fuera de aquella discusión en torno a si efectivamente la pérdida de una oportunidad es un daño o no, es evidente que efectivamente ocurre tal situación en este caso, puesto que el nacimiento y crianza de un niño no previsto, produce la pérdida de expectativas y proyectos, tanto laborales como personales. Hacerse cargo del nuevo ser involucrará descartar prácticamente por completo el itinerario de vida según cómo se tenía previsto, lo que arrastra consigo las diversas pérdidas de oportunidades que cada una de las mujeres afectadas tenía trazado en su derrotero de vida.

D) “Daño Moral como daño extrapatrimonial”

El daño moral es uno de los aspectos más controversiales dentro de los estudios de la responsabilidad civil, debido a que en parte trasciende más allá de lo netamente jurídico, por ser uno de los elementos más importantes a la hora de la redacción del escrito de demanda por responsabilidad, por las dificultades que presenta su prueba en los procedimientos civiles y porque ahí yace uno de los aspectos claves de la reparación del daño contractual y extracontractual hoy en día, muy especialmente también en el caso que motiva esta investigación.

La determinación del daño moral es uno de los tópicos que ha sido de mayor dificultad en cuanto a tratamiento por parte de la doctrina y aquello explica la buena cantidad de teorías y posiciones que hacen empeño en explicar los reales efectos y alcances de este instituto. A continuación, de la mano de lo contenido en un artículo referente a la materia, se hace un resumen de aquellas posturas

doctrinales, debido a que es relevante tener aquello meridianamente claro para la obtención de los objetivos de esta investigación (Femenías: 2011, pp. 34-35):

- a) La concepción del daño moral como pretium doloris: Comenta Femenías que esta concepción debe ser la más arraigada en nuestro medio jurídico, sobre todo en las instancias jurisdiccionales civiles y se refiere a lo que se conoce como “daño por dolor”. Los autores que se abanderan por esta postura esgrimen que el daño moral son las aflicciones, pesares y molestias que experimenta un sujeto en su esfera psicológica, por causa de la comisión de un hecho ilícito.
- b) El daño moral como todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial: Aquí, el autor del artículo cita directamente la monografía de Carmen Dominguez sobre el respecto, en los siguientes términos: “fiel exponente de esta forma de definir el daño no patrimonial es [De Cupis], para el cual éste no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial, puesto que ambos perjuicios conforman el daño privado (...) Daño no patrimonial es en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial” (Femenías: 2011, p. 34)⁹.
- c) Daño moral como lesión a simple interés: Esta es la postura doctrinal que tendría el ex decano de la facultad de derecho de la UDEC, José Luis Díez, quien en su libro dedicado al tratamiento del daño extracontractual expone que: “Todo lo expuesto nos permite concluir que la jurisprudencia nacional concibe el daño moral como todo menoscabo, detrimento, lesión, molestia o perturbación a un simple interés del que sea titular una persona o de la situación de hecho en que este se encuentre” (Díez: 1997, p. 23).
- d) El daño moral como lesión a intereses jurídicamente tutelados: Finalmente, existe una posición que toma en consideración no el carácter no patrimonial del interés lesionado, sino más bien que fija la mirada en el hecho de que el ilícito afecta un bien no patrimonial o un interés moral que ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico (Femenías: 2011, p. 35).

⁹ A su vez cita de Dominguez Hidago, Carmen, *El Daño Moral*, Editorial Jurídica de Chile, p. 52.

Todas las concepciones expuestas en estas líneas son relevantes para configurar la acción de responsabilidad extracontractual respectiva, sobre todo lo referente al evidente daño extrapatrimonial presente. Cada una de las corrientes tiene algo que aportar al respecto, porque es un hecho que el error en el suministro de pastillas a todas luces defectuosas ha provocado malestares psicológicos, aflicciones, lesiones a intereses, etc., pero, por sobre todo, el daño ha hecho merma en un valor que ha sido reconocido por el Estado de Chile, el cual es la libertad, y más específicamente, la libertad sexual de las mujeres afectadas, al truncar su planificación de vida.

Aún en el especial trato que debe hacerse respecto del daño moral o extrapatrimonial presente, esto es algo que no debe tomarse a la ligera, porque la negligencia de los laboratorios involucrados y de las instituciones de dependencia estatal, han generado una verdadera afrenta a la dignidad en general de las mujeres afectadas, porque al final del día, lo que se ha hecho es truncar el libre desarrollo de la personalidad, dado que no debe haber mayor daño a la moral y violencia contra la mujer que la imposición de una maternidad no buscada, ni deseada, más teniendo en consideración el limitadísimo espectro de acción de la ley de interrupción del embarazo en tres causales vigente en nuestro país, cuestión que no hace más que acentuar el daño provocado.

2.2.3 ¿Y la responsabilidad por el hecho ajeno?

La responsabilidad por el hecho ajeno es uno de los tópicos del derecho de las obligaciones y los contratos que no puede quedar exento de análisis en esta investigación, porque en esta institución podrían encontrarse respuestas desde el punto de vista de la acción efectiva a entablar en tribunales y la tutela de derechos en juego, sobre todo teniendo en cuenta que se presentan actores tanto privados como públicos.

Respecto de los laboratorios involucrados, Silesia y Andrómaco, ambos del grupo Grünenthal Chile, no se presentan mayores complicaciones. Como se ha señalado más arriba, estas son personas jurídicas de derecho privado y con fines de lucro, y como tales no hay inconvenientes en cuanto a su configuración como sujetos pasivos de una acción civil de indemnización de perjuicios según las reglas tanto adjetivas como sustantivas que correspondan.

Respecto a la responsabilidad por el hecho ajeno en el derecho público, el profesor Pierry ha escrito lo que sigue: “El Estado puede ver comprometida su responsabilidad, de acuerdo al Derecho

Administrativo y al Derecho Privado, tanto por el hecho propio como por el hecho ajeno. En el primer caso, por aplicación de la teoría de la falta de servicio, y a través del Código Civil, mediante la aplicación del artículo 2314. Por el hecho ajeno, de acuerdo a la teoría de la falta personal, en los casos en que ella no permite exonerar al Estado y, como lo ha hecho la jurisprudencia de nuestros tribunales, de acuerdo al artículo 2320 del Código Civil. La responsabilidad del Estado y sus instituciones, por los delitos cometidos por sus empleados o funcionarios restringe y amplía a la vez el tema de la responsabilidad del hecho de sus funcionarios” (Pierry: 1983, p. 283).

Empero, ¿realmente estamos ante un caso que haga meritorio la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno? Puede ser relevante tomar este elemento en consideración, sobre todo por la participación de la CENABAST en los hechos, como el ente público que adquiere y distribuye las pastillas, aún mediando las advertencias del ISP. Y la realidad es que al tener bien delimitado el ente público que ha actuado de forma negligente, por sí y según los conductos regulares contemplados en el ordenamiento jurídico para tales efectos, no cabe aplicar la teoría de la responsabilidad por el hecho y más cabe teorizar respecto a la falta de servicio que se ha hecho presente en este caso, cuestión que será tema en el capítulo final de este trabajo. Esta conclusión se ratifica al momento de pasar revista los requisitos de la responsabilidad por el hecho ajeno: “Para que proceda la responsabilidad por el hecho ajeno deben concurrir estas circunstancias: 1a. Un determinado vínculo entre hechor y responsable, que generalmente será de subordinación y dependencia; 2a. Que ambos, hechor y responsable tengan capacidad extracontractual y 3a. Que el hechor haya cometido un hecho ilícito, concurriendo todos los requisitos propios de este” (Figuroa Yáñez: 2012, p. 151).

3. ¿ES EL NACIMIENTO DE UN NIÑO NO DESEADO UN DAÑO INDEMNIZABLE? POSTURAS EXISTENTES.

3.1. *Primera postura, no es un daño.*

Esta posición doctrinal es la que se considera, sin temor a yerros, como la más conservadora, pues se apega con mayor claridad al dogma de sociedad construido por la tradición judeocristiana, el cual se refleja tanto en la sociedad como conjunto, como en el desarrollo de relaciones interpersonales. No obstante, su antigüedad no es motivo para considerarla una postura olvidada, pues desde la

incorporación de nuevas tecnologías en la medicina reproductiva, los sectores más conservadores han expresado contundentemente el aumento de su sensación de apego al cigoto, lo cuál es explicado en palabras del profesor Morán en el sentido de que: “desde hace unas pocas décadas atravesamos una dinámica social y política en la que hemos tendido a adelantar el momento simbólico en que valoramos y admitimos esa nueva vida como parte de la comunidad. En gran medida, esto se debe a las nuevas tecnologías de visualización que desde mediados del siglo XX nos han permitido observar embriones y fetos antes del nacimiento. Esta <<visibilidad>> adquirida por el embrión y el feto dentro del útero de la mujer ha transformado las percepciones respecto de estos, produciendo cambios en la valoración subjetiva que les asignamos, dada la atención que se les otorga” (Morán Faúndes: 2014, pp. 152-153).

Es este apego irrestricto a la conservación de la vida del recién nacido, bajo la circunstancia que sea, e incluso antes de que el neonato se separe fisiológicamente de la madre, lo que conlleva su amplio desarrollo doctrinal, razón por la cuál una investigación como esta no puede sino detenerse a analizar los puntos más atingentes. En este sentido, es menester considerar que gran parte de la base doctrinal de las posturas conservadoras bebe directamente de aquellas que se paran en contra del aborto en toda causal, y en general de posiciones más conservadoras ante la vida, especialmente las desarrolladas en los Estados Unidos, lugar que puede considerarse la casa de origen del concepto “*wrongful conception*”.

Como ya se anticipó, esta postura tiene mucho que ver con el pensamiento de las personas que se declaran contra el aborto en general, y uno de los grandes exponentes de esa manera de ver las cosas, fue Jaime Guzmán Errázuriz, quien defendió a ultranza esta postura en las deliberaciones de la CENC que terminó redactando el texto constitucional impuesto por la dictadura cívico-militar en 1980.

En carta al director publicada en el diario La tercera por el profesor de la Escuela de Medicina de la UDP, René Castro, se encuentra lo siguiente: “la información conocida sobre el fundamento de la eliminación de la normativa del Código Sanitario desde 1931, es que se basó en la posición minoritaria de Jaime Guzmán en la Comisión Constituyente. Según las actas de la Comisión Ortúzar, Guzmán planteaba la prohibición constitucional del aborto señalando que ‘la madre debe tener el hijo, aunque este salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo, derive su muerte’ (14 de noviembre, 1974)”¹⁰.

¹⁰ Carta al director denominada “El acta que selló el destino del aborto”, publicada en el diario *La Tercera* el día 17 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/acta-sello-destino-del-aborto/>

Lo dicho por Guzmán es una de las manifestaciones de esta postura eminentemente conservadora en torno a la vida, por su aparente sacrosanta entidad, la cual hace eco en aquellas personas que consideran que el nacimiento de un niño nunca podrá ser considerado un daño, generalmente ideas comunes entre personas que se califican así mismas “provida”, como es el caso en la doctrina nacional del profesor de derecho civil en la Universidad de los Andes, Hernán Corral Talciani. En sus Lecciones de Responsabilidad Extracontractual, publicadas en 2004, toca de forma tangencial este punto y en pocas palabras manifiesta lo que sigue: “a 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” (Corral Talciani: 2004, p. 160).

Este tema ha sido una constante en el ideario de Corral Talciani y para dejar en claro su indeclinable postura, se ha valido de medios de difusión extracientíficos, como su blog personal donde el año 2012 publica: “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”¹¹. Así mismo, ha publicado en el diario El Mercurio su más reciente opinión al respecto, a propósito del caso de las pastillas anticonceptivas defectuosas Anulette CD entregadas a inicios de este año 2021, señalando que “se da el absurdo de que la alegría de que llegue un nuevo ser humano al mundo debe ser calificada como un mal indemnizable”¹² y remata mencionando que “si efectivamente mujeres quedaron embarazadas por un defecto de anticonceptivos proporcionados por el Estado, este debería apoyarlas con los gastos del parto y otras prestaciones similares. Así se evitaría que el tema se judicialice y - aunque ha habido algunos casos en Cortes de Apelaciones por tratamientos de esterilidad fallidos - tengamos ahora una sentencia de Corte

¹¹ Artículo de opinión jurídica extracientífico titulado “Aborto y esterilización fallidos: ¿el hijo como daño?”, publicado en el blog de Hernán Corral, “Derecho y academia”. Disponible en:

[<https://corraltalciani.wordpress.com/2012/05/27/aborto-y-esterilizacion-fallidos-el-hijo-como-dano/>]

¹² Columna de opinión de Hernán Corral Talciani publicada en El Mercurio el día 3 de marzo de 2021. Disponible en: [<https://www.elmercurio.com/blogs/2021/03/03/86277/Wrongful-conception.aspx>]

Suprema que introduzca en nuestra jurisprudencia la inhumana idea de que alumbrar un hijo es un daño indemnizable”¹³.

Dejando atrás a Corral, quien es el referente en Chile en cuanto a la postura de negar el nacimiento de un niño como daño indemnizable, el tema ha sido analizado por diversos autores extranjeros. En este sentido, la autora española, Andrea Macía, ha dedicado buena parte de su trabajo académico a investigar lo que hay detrás de estas “categorías *wrongful*”, siendo en este contexto que escribe: “en todos los ordenamientos en que se han planteado estas demandas, la reclamación de responsabilidad civil se ha tenido que enfrentar a diversos argumentos de corte más bien ético o moral que netamente jurídico, lo que ha entorpecido su admisión, así como su estudio... A partir de esta idea, se puede afirmar que las convicciones personales o religiosas se opondrán siempre de forma tajante al reconocimiento de este tipo de demandas, que otros mirarán con mucho recelo” (Macía Morillo: 2009, p. 178).

La misma Macía Morillo, a propósito de uno de los casos más famosos de *wrongful life*, el del Francés Nicholas Perruche, trae a colación la obra de una autora norteamericana llamada Therese Lysaught, quien en artículo titulado “*Wrongful life? The strange case of Nicholas Perruche*”, publicado el año 2002 en la revista jurídica *Commonweal* de Nueva York. Plantea frente a ello, que en contra de este tipo de acciones intervienen convicciones éticas y religiosas que destacan, por encima de todo, el valor de la vida y la imposibilidad de calificar como daño, y que tratan de enmascararse bajo argumentos pseudojurídicos; así, se afirma que la reclamación de una indemnización por estos eventos puede causarle un trauma al niño y lesiona su dignidad como persona (Ibídem, p. 180). Esta afrenta a la dignidad del niño que está por nacer y las futuras aprehensiones psicológicas que sufriría una persona al enterarse que su madre o sus padres lo consideran un daño indemnizable, serían uno de los argumentos fuertes de esta primera posición.

La autora española también menciona que, dentro de la doctrina alemana, las voces que se contraponen a la idea del niño como un daño comulgan con la observación de la vulneración de la dignidad futura del niño, sobre todo en los casos de *wrongful conception*, y complementa con que “la crítica se centra en que la indemnización de los gastos generados por el niño produce una degradación de éste, que pasa a ser considerado un mero objeto y en que la calificación de la carga de alimentos como daño lleva consigo una lesión de la dignidad humana” (Macía Morillo: 2009, p. 187). En este mismo sentido “Las limitaciones que la mayoría de los tribunales imponen a la recuperación de los

¹³ Ibídem.

gastos de crianza de los hijos en casos de concepción ilícita derivan de la preocupación central de que la recuperación total de estos gastos devaluaría de alguna manera la vida humana, y que al excluirlos o permitir su reducción por el valor de la vida del niño, el tribunal defiende la santidad de la vida” (Mee: 1992, p 913).

La acogida jurisprudencial que ha obtenido esta teoría en tribunales del mundo occidental y este rescate de sentencias es muy importante para esta postura por una razón histórica, porque como explican Aedo y otros (2015, pp. 22-23), las primeras veces en las cuales se judicializaron casos con estos ribetes, en su mayoría se obtuvo un rotundo no, debido a que el siglo XX aún está permeado por el conservadurismo, con la fuerte idea de la vida como algo sagrado. Es en estas lides que tenemos dos casos insignes en los Estados Unidos: *Gleitman v. Crossgrove* y *Dumer v. Saint Michael’s Hospital*. La situación más favorable a los “*wrongful*”, en general, sólo ocurre con el arribo de la afamada sentencia *Roe v. Wade*, donde se empieza a hablar del derecho a interrupción del embarazo con más propiedad y también con los casos *Berman v. Allan* y *Haberson v. Parke-Davis* (Aedo *et al*: 2015, pp. 24-25).

Ahora bien, en el caso de España, el concepto de *wrongful birth* sería inaplicable, pues, tal como lo explica la autora vasca Arantzazu Vicandi Martínez “cualquier pretensión de los padres de ser indemnizados por los gastos de crianza habituales (artículos 142 y 143 del Código Civil) es imposible, al ser estos una obligación inherente a la paternidad, tal y como viene recogido en el artículo 151 del Código Civil. Estos deberes son una obligación personalísima de los progenitores y por ende intransferibles, motivo por el cual su satisfacción no podría reclamarse a un centro sanitario o a un médico, independientemente de la incidencia que hubiesen tenido en el nacimiento del menor” (Vicandi Martínez: 2013, p. 5).

3.2. Segunda postura, el nacimiento del niño sí representa un daño para la madre.

Este planteamiento doctrinal puede ser el que hoy en día tenga más fuerza a la hora de abordar el problema de fondo, sin embargo, no es el primero que aparece en la palestra, siendo esto manifestación de esfuerzos argumentativos progresistas contra el *status quo* conservador tanto en lo doctrinal como jurisprudencial. El asentamiento de esta postura, además de explicarse como una respuesta a lo conservador, se explica por la complejización de las sociedades y su derecho con el pasar de los años, la instauración de nuevas instituciones jurídicas y de nuevas soluciones, así como explican

Aedo y otros: “con el desarrollo de toda sociedad inevitablemente las posibilidades de sufrir un daño aumentan, y de un primer estadio de nula o muy poca reparación, lentamente se avanza a otro en que el número y monto de indemnizaciones aumentan” (Aedo *et al*: 2015, p. 20).

A mayor abundamiento, Cárdenas y Sánchez dan un buen punto de partida para plantear la explicación que existe ante la idea de pensar que el nacimiento de un niño puede ser un daño indemnizable, aunque el enunciado sea más aplicable a la categoría *wrongful conception*: “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” (Cárdenas y Sánchez: 2018, p. 238).

A modo de muestra, estos mismos autores, traen a colación la jurisdicción madre del derecho común, el ordenamiento jurídico del Reino Unido, como un ejemplo donde ya está asentada esta postura: “por ejemplo, entre las jurisdicciones que tradicionalmente han concedido indemnizaciones por este tipo específico de daño se cuenta el Reino Unido. En el caso de referencia en la materia (*McFarlane v. Tayside Health Board 1999*), se concedió una indemnización con el objeto de reparar el dolor y los malestares sufridos por el embarazo y parto de un hijo sano, pero no deseado, así como la pérdida de los ingresos durante el embarazo” (Cárdenas y Sánchez: 2018, p. 240).

Por otra parte, encontramos interpretaciones morigeradas de esta doctrina, en las cuales se basan las soluciones que variadas jurisdicciones estatales de los Estados Unidos adoptan, pues “en el derecho estadounidense se encuentra uno de los ejemplos más interesantes en cuanto a la variedad de las respuestas que pueden darse en torno al problema que se analiza... Allí se observan al menos dos formas de resolver este tipo de litigios: una mayoritaria, que solo repara los gastos en que efectivamente se incurrió con motivo del parto y el procedimiento de esterilización y otra minoritaria (Arizona, Connecticut y Massachusetts), que habilita indemnización que incluye, además de las partidas indemnizatorias contempladas por la tendencia mayoritaria” (Ibídem).

Se podría plantear también que el nacimiento del niño es efectivamente un daño y más el incumplimiento de una obligación con la respectiva indemnización de perjuicios, en aquellos casos en que un médico, al realizar una cirugía anticonceptiva, generalísima consideradas como de “resultado”, falla en su cometido y termina produciéndose de igual forma la concepción: “Por excepción la obligación del galeno pasa ser de resultado. Lo último sucede si así se ha pactado explícitamente, como

sucede en el caso que comentamos, puesto que, en conformidad a los estándares propios de la medicina moderna, una operación de ligamentos de trompas de Falopio, vía laparoscopia, debe cumplir con dicho objetivo” (Mondaca Miranda: 2014, p. 354).

3.3. Tercera postura, el daño está en la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a decidir respecto de la procreación y el plan de vida

Esta es una postura que podría considerar el problema no como una cuestión adversarial entre dos bandos, pues propone una respuesta que escapa del predicamento de la inmoralidad que sostienen quienes se encuentran en contra de considerar el nacimiento de un niño como un daño, llevando el foco de la disputa a otra dirección, esta es, la de los derechos sexuales y reproductivos vulnerados de las mujeres. Esto a su vez, es una nueva perspectiva al problema en general, porque propone una fundamentación del daño con base jurídica relevante y a la vez vanguardista, al poner los derechos de las mujeres en la palestra al momento de buscar una solución jurídica. La ya citada Andrea Morillo Macía, en su trabajo publicado en la Revista Chilena de Derecho Privado en el año 2009, ya escribía hacia dónde podría dirigirse el foco en las acciones “*wrongful*”, sobre todo en los casos de *wrongful conception*: “a partir de esta idea, la pretensión de indemnización se suele centrar, principalmente –según cuál sea el supuesto de hecho–, bien en la privación de la libertad de procreación a ambos progenitores (supuestos de errores en el diagnóstico preconcepcivo), bien en la privación a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo (error en el diagnóstico prenatal)” (Macía: 2009, p. 187).

Aedo y sus colegas también abordan en parte esta nueva concepción que se podría tener en torno a cómo vamos a considerar lesionados los intereses, en definitiva, a qué hay que atenerse a la hora de configurar el daño en casos como estos, que aparentemente yacen en un ether dogmático: “La concepción del daño como lesión a los intereses, en cambio, se desenvuelve en una órbita diferente, más amplia, si se quiere. Sea que el daño se estime jurídicamente tutelado o no, es claro que el radio de reparación es mucho más amplio que el bien o derecho sobre el que recae la lesión. Como explica Elorriaga, tradicionalmente en materia extracontractual se ha dividido el daño en material y moral, identificando los primeros con las personas o con las cosas. No obstante, agrega que la tendencia moderna es la de proponer una clasificación más amplia y técnica de los daños, planteando la división en patrimoniales y extrapatrimoniales, tomando como criterio de distinción el patrimonio” (Aedo *et al* : 2014, p. 38). Es precisamente esta apertura a la búsqueda de ampliar la concepción del daño, lo que

a su vez da pie a una fundamentación del daño en torno a la vulneración de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, o al derecho a decidir la procreación que tendría tanto la madre en solitario, como los padres en conjunto.

Y si alguien en Chile ha escrito en concreto sobre esta fundamentación o postura, son Hugo Cárdenas y Sánchez Rubín, quienes plantean directamente esta solución al problema de cómo se considera el daño en “casos *wrongful*”: “En el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos pareciera existir consenso en cuanto al reconocimiento, directo e indirecto, de los derechos reproductivos y derechos sexuales. El punto de partida... que establece la obligación de los Estados Parte de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el intervalo entre los nacimientos y el acceso a la información, educación y medios que les permitan ejercerlos” (2018, p. 241). Aquí se parte insertando en el debate la importancia de los derechos sexuales y reproductivos y la garantía acérrima que una sociedad civilizada debería dar a cada persona, muy por sobre todo a las mujeres y es en base a esta justificada defensa de los mentados derechos, que estos autores escriben lo que sigue: “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)” (Ibídem).

Esto que recogen Cárdenas y Sánchez es algo que también ha sido debatido en España, porque ya en el año 2001, los catalanes Miquel Martín Casals y Josep Solé planteaban que: “Creemos que el punto de partida de toda solución de los supuestos de anticoncepciones fallidas pasa por evitar el riesgo de considerar la existencia misma del hijo como un daño. Por eso, los autores de este trabajo consideramos correcta la solución apuntada por algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo que, siguiendo la línea marcada por algunas sentencias de audiencias, vinculan el daño indemnizable a la lesión de la libertad de procrear como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 C” (2001, p. 10).

Como se puede apreciar, esta es una postura más que interesante y que podría ser un buen encauce del problema, porque da una respuesta jurídica concreta y además obliga a adentrarse en el tratamiento de temas ligados a derechos sexuales y reproductivos, feminismo y enfoque de género a la hora de dar una solución integral al problema que mueve esta investigación.

3.4. Postura que adopta esta investigación.

Como ya se ha escrito a lo largo de esta tesina, los eventos relatados lamentablemente cristalizaron en un daño tanto patrimonial como extrapatrimonial irreparable para las afectadas, eso es un hecho que se deja establecido como meridianamente claro. Empero, no se estima que este daño venga determinado por el nacimiento en sí del niño, que ha sido concebido producto del error administrativo y farmacológico, porque, a la luz de todo lo que aquí se ha expuesto, puede ser una aseveración que aún no está preparada para pasar el estándar de lo políticamente correcto en el mundo de hoy.

El daño, a nuestro juicio, se vincula con algo que ya se ha adelantado más arriba respecto del daño moral, de la tercera postura respecto de la entidad del daño y que viene dado por la lesión a la dignidad de las mujeres que resultaron embarazadas, a sus planes de vida, a la autodeterminación de los derroteros que cada persona toma en su ciclo vital, a su libertad como persona. En definitiva, a los derechos sexuales y reproductivos, que dicho sea de paso, ha sido una odisea histórica para las mujeres la reivindicación de los mismos y este caso no representa más que una muestra del atropello a la personalidad y a los derechos subjetivos, cuestión que hace necesaria la entrada en escena de la responsabilidad civil y los medios que brinda para entera de reparación del daño, como lo ameritan estos acontecimientos.

Lo que exponemos no es antojadizo, puesto que la salud sexual y reproductiva puede ser considerada perfectamente como un Derecho Humano. Un manual de formación de la Academia Judicial de Chile, expone respecto de los derechos sexuales y reproductivos “Son aquellos que permiten a todas las personas, sin discriminación, violencia o coerción, ejercer plenamente su sexualidad como fuente de desarrollo personal y decidir autónomamente sobre la sexualidad y reproducción, contando para ello con la información, los medios y servicios que así lo permitan” (López Hernández y Pérez Ceballos: 2020, p. 6).

Siguiente esta misma línea de desarrollo argumental, la Organización de Estados Americanos ha dicho que “En términos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), los derechos sexuales y reproductivos forman parte del derecho humano a la salud integral, comprendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias. El derecho a la salud reproductiva trata de todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, así como la capacidad de disfrutar de una vida

sexual satisfactoria y sin riesgos, y de tener la libertad para decidir si procrear o no, cuándo hacerlo y con qué frecuencia” (OEA: 2017, p. 1).

Todo esto que mencionamos no es baladí, porque de buenas a primeras, es cierto que la figura de los derechos sexuales y reproductivos, sobre todo en lo relativo a las mujeres, puede ser una cuestión *etherea* para nuestro ordenamiento jurídico, no obstante no debe dejarse de lado la presencia del inciso segundo del artículo 5° de nuestra aún vigente Constitución Política: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En este sentido, en un libro compendio editado por la profesora Ximena Gauché y que es citado en el manual de la academia judicial, se complementa con lo que sigue: “Si bien no hay instrumentos vinculantes expresamente referidos a tales derechos con ese nombre, se pueden entender comprendidos en tratados relacionados a determinadas materias - principalmente derechos de las mujeres - o a otros derechos sí reconocidos en diversos tratados generales de derechos humanos, como la libertad persona, la vida privada y familiar, o la prohibición de la tortura, norma que tiene además carácter de norma consuetudinaria de *ius cogens*” (López Hernández y Pérez Ceballos: 2020, p. 6). Por ende, hemos de entender que el Derecho chileno debe prestar pleno reconocimiento y tutela a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, porque hay tratados internacionales ratificados por Chile que así lo dictaminan, *verbi gratia* la Declaración Internacional de Derechos Humanos en su artículo 3°, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 7°, el artículo 4° de la Convención *Belem do Pará* y además la recomendación general 24 del Comité CEDAW, a modo de *soft law*.

Es claro que el error que ha desencadenado los embarazos no deseados ha producido un daño en este sentido, porque ha pasado a llevar derechos e intereses de estas mujeres, tutelados tanto por nuestro ordenamiento jurídico, como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta vulneración a poder decidir sobre el propio cuerpo, a la alteración en la planificación familiar y de vida en general, que han decantando en un embarazo por negligencia farmacológica y administrativa, es lo que ha desencadenado daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales que hacen meritorio la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual y el principio de reparación integral del daño y el remedio indemnizatorio respectivo, no el nacimiento de los niños en sí.

4. SOLUCIONES PRÁCTICAS Y ACCIONES QUE PROPONE ESTA INVESTIGACIÓN PARA LAS CONCEPCIONES INJUSTAS OBJETO DE ESTE ESTUDIO Y HECHOS CON CARACTERÍSTICAS ANÁLOGAS

A lo largo de esta exposición, queda en evidencia que las negligencias identificadas y relatadas han generado perjuicios de características casi irreparables para las mujeres que se han visto afectadas por las pastillas anticonceptivas defectuosas, en los términos en los cuales ya se ha explicado a lo largo de este trabajo. Empero, ¿cuáles son las vías efectivas para la obtención de una reparación del daño y la procedencia de un remedio indemnizatorio?, la respuesta a esta pregunta es de suprema importancia, dado que los casos en los cuales se ha centrado este estudio no son una trivialidad, es una realidad que golpea fuerte y con más frecuencia de la deseada y para muestra un botón, aparte del caso central que ha sido *leitmotiv* de esta investigación, con fecha 13 de noviembre de 2021, diversos medios de comunicación, entre ellos *El Mostrador*, han dado la noticia respecto de una partida de pastillas anticonceptivas defectuosas: “Un nuevo caso de pastillas anticonceptivas defectuosas denunció el Colegio de Químicos Farmacéuticos y Bioquímicos de Chile, acusando que en el mercado se vende actualmente un lote de estos medicamentos que no cumplen con su función. Se trata del lote D210-3230 de las pastillas anticonceptivas ciclomex 20 CD del laboratorio ABBOTT, caso que quedó al descubierto al comprarla en el mercado regular de una farmacia comunitaria, el pasado 30 de octubre”¹⁴. En vista de esto, es que el Derecho debe ofrecer soluciones que promuevan la obtención de justicia en su amplio sentido y las líneas que siguen propondrán la construcción de una posible solución al conflicto, fuera de aquellas que han sido planteadas por juristas en los estrados civiles y que cuyos autos siguen curso progresivo en los tribunales respectivos.

En efecto e íntimamente vinculado con lo esbozado más arriba, existe un proceso civil iniciado en la vida real que actualmente tiene como hechos controvertidos los que han sido el motor fáctico de esta tesina y la causa está bajo el RIT C-3029-2021 del quinto juzgado de letras en lo civil de Santiago. Esta causa se caracteriza por el extenso libelo de demanda, el cual cuenta con más de 200 fojas, sin embargo, el encauce procesal del problema que se ha hecho en ese escrito, es distinto al que se ofrecerá en los siguientes acápite, dado que el profesor Mauricio Tapia, quien es el abogado de las demandantes, ha decidido agrupar al sujeto activo de la acción como un todo representado por la

¹⁴ Nota periodística *Nuevo caso de anticonceptivos defectuosos: alertan sobre pastillas ciclomex*, en el diario digital “El mostrador” y publicada el 13 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2021/11/13/nuevo-caso-de-anticonceptivos-defectuosos-alertan-sobre-pastillas-ciclomex.html>

organización de consumidores CONADECUS, puesto que se estima en aquel libelo de demanda que esta persona jurídica es la mejor alternativa para alegar que se han vulnerado las reglas del derecho del consumo, al haber una errónea producción y rotulación de los anticonceptivos por parte de los laboratorios involucrados, otorgando placebos farmacológicos en vez de la receta real, además de la no menor vulneración a la libertad sexual de las mujeres afectadas, y a sus derechos sexuales y reproductivos.

4.1. La solución que otorga el Derecho del Consumo. Las acciones colectivas de consumidores.

El Derecho del Consumo, el cual puede ser entendido como subrama dentro del Derecho Civil, ha tenido un desarrollo importante en Chile en los últimos lustros, desarrollo que se ha visto cristalizado en fuentes del orden legal como la ley 19.496, sobre normas de protección de los derechos de los consumidores, dentro de las cuales se puede encontrar todo un procedimiento de tutela intereses colectivos de un grupo de consumidores, específicamente en el artículo 54 letra H de la ley.

En concreto ¿qué son las acciones colectivas en el derecho del consumo? Alejandro Romero Seguel, al tratar el punto, escribe que “la protección jurídica de los denominados intereses difusos o colectivos ha suscitado discusiones teóricas y prácticas de enorme interés, en su grado tal que por esta vía se ha introducido un cuestionamiento a los tradicionales instrumentos de defensa de los derechos subjetivos. El tema de los derechos supraindividuales o colectivos viene a incorporar una nueva realidad jurídica, cuyo objetivo es conceder amparo a situaciones en las que la titularidad del derecho o del interés corresponde a varios sujetos conjuntamente” (Romero Seguel: 1999. p.315)

En efecto, a la luz de la conceptualización otorgada, es claro que en los casos de pastillas anticonceptivas defectuosas que han afectado a un gran número de mujeres, se genera una afectación supraindividual que podría ser encauzada por medio de las normas de procedimiento de tutela de intereses colectivos o difusos, dirigido en contra de vendedores que por su actuar han perjudicado a un centenar de personas en circunstancias análogas.

¿Cómo es que se pone en marcha todo este procedimiento? La misma ley de protección al consumidor en sus artículos 54 y siguientes detalla cuales son los pasos a seguir para construir una acción colectiva encaminada a buscar la reparación de daños ocasionada por productos defectuosos expedidos por los proveedores.

Sin ahondar más en el desarrollo de esta área del derecho, el aspecto más relevante dentro de la figura del procedimiento de protección colectiva de las y los consumidores, es el efecto *erga omnes*

que adquiere la sentencia dictada en estas lides, lo que implica que el equivalente jurisdiccional o la sentencia firme y ejecutoriada del tribunal se hará extensiva a todos los consumidores que fueron afectados por el mismo hecho. “En el año 2004, la ley 19.955 modificó la ley que establece normas sobre protección de los consumidores, en adelante LPDC, e incorporó en su título cuarto un procedimiento para garantizar la defensa de los derechos colectivos y difusos. Esta modificación dotó de efecto *erga omnes* a la sentencia dictada en proceso colectivo, vinculando así a la totalidad de los consumidores afectados, hayan o no participado directamente en el proceso” (Soto Vallejos: 2018, p. 12)

4.2. Propuesta de solución práctica por parte de esta investigación. Aproximación a los sujetos procesales.

Es perfectamente posible para cada mujer como persona natural individual, o bien en un litisconsorcio entre más de una, entablar una acción civil de responsabilidad extracontractual por la afectación al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad sexual producto del consumo de pastillas anticonceptivas defectuosas fabricadas y distribuidas negligentemente, lo que ha generado un daño extracontractual que amerita la procedencia de un remedio indemnizatorio en favor de las mujeres afectadas.

Para proponer una correcta caracterización de una eventual demanda, y su contenido, es menester especificar quienes son los actores procesales que se han visto involucrados en el caso que ha motivado este estudio dentro de un eventual proceso de estas características, cuestión que servirá para eventos con características análogas:

- a) En nuestro criterio, las demandantes pueden ser cada mujer afectada en particular, o bien, en litisconsorcio si es que este se articula de forma correcta.
- b) Hay dos posibles entes a demandar. Por un lado tenemos a las farmacéuticas Silesia y Andrómaco, y por otro lado, una situación compleja en principio, dado que está involucrada también la CENABAST, institución pública descentralizada, como está consagrado en el Decreto Ley N° 2.763 del año 1979, dependiente del Ministerio de Salud, cuestión que no es

un hecho carente de importancia, puesto que implica la demanda de falta de servicio a emprenderse en contra de este servicio público.

Esto deja un escenario en apariencia intrincado para poder configurar la acción, porque, en principio, la demanda en contra de las farmacéuticas constituidas como personas jurídicas de derecho privado, no podría ir por la misma vía que la demanda contra CENABAST, la cual debe construirse en torno a la falta de servicio y a la gran puerta general de la responsabilidad civil en nuestro sistema constituida por el artículo 2314 del Código Civil. Desde ya anticipamos que no existe tal traba y que estas personas jurídicas con distintas naturalezas jurídicas pueden ser demandadas de forma solidaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 2317 del Código Civil para la sede extracontractual y he ahí la importancia de la institución de la concurrencia de responsabilidades en nuestro trabajo.

4.3. Nociones necesarias respecto de la “falta de servicio”.

Para desarrollar esta propuesta de demanda con responsabilidad de sujeto múltiple y solidaria, es necesario aclarar algunos conceptos, como primero, ¿qué es la falta de servicio?, en palabras del profesor Jorge Bermúdez, “Existen, así, dos derechos. Uno aplicable a las relaciones interprivadas: el Derecho Civil, y otro, en cambio, aplicable a las relaciones entre Administraciones Públicas y particulares: el Derecho Administrativo...Así las cosas, una vez determinado el Derecho que rige la responsabilidad de la Administración por los daños que ocasiona, el paso lógico siguiente era determinar el “cómo”, de acuerdo a qué sistema de responsabilidad la Administración asumía las consecuencias de su actuación” (Bermúdez Soto: 2002, p. 255) y una de las formas viene dada por esta entelequia jurídica, que perfectamente puede ser considerado un concepto jurídico indeterminado, que es la falta de servicio, que “como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador aplicable a Chile se origina a partir de la importación de su símil francés a nuestra realidad, en virtud de los argumentos desarrollados principalmente por Pedro Pierry. Para el autor la aplicación del sistema extracontractual del Estado elaborado por el Derecho Administrativo francés, a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, constituye la alternativa más adecuada para el Derecho Público chileno. La noción de falta de servicio se encuadra en la categoría de responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa de la Administración y posee un carácter esencialmente abstracto. Esta idea únicamente se puede comprender cabalmente tras su aplicación jurisprudencial, la cual la liga, según veremos, al funcionamiento del organismo público como estándar

que determina la existencia de la responsabilidad extracontractual del Estado” (Enteiche Rosales: 2011, p. 118).

Y en efecto, la Corte Suprema en una plétora de fallos emanados de la tercera sala, entre los cuales se puede encontrar con fecha más reciente, la sentencia Rol 306-2020, que en cuyo considerando décimo tercero, resuelve que la misma Corte ha fallado en reiteradas ocasiones que la falta de servicio es una deficiencia del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, funcionando mal, tardíamente, o lisa y llanamente, no funcionado, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, cuestión que ha operado en el caso de marras por las razones expuestas en el capítulo segundo de este trabajo al trabajar la negligencia presente, tanto por CENABAST como por las farmacéuticas privadas.

Esto da pie a argumentar que la falta de servicio es una vía a considerar en este caso para encuadrar la responsabilidad de CENABAST, ergo del Estado, porque: “El fundamento inicial para incoar una demanda por falta de servicio dice relación con el Principio de Responsabilidad, el cual se encuentra establecida en el artículo 4° de La Ley N° 18.575, LOCBGAE, que establece: *El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.* En este sentido, la ley chilena consagró la acción por falta de servicio, establecida en el Artículo 44 de la Ley antes señalada: *Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.* De esta forma, el legislador estableció a los órganos del Estado la obligación legal de indemnizar en caso de cometer: a) un incumplimiento; b) un cumplimiento deficiente o; c) un cumplimiento tardío. En todo caso, siempre y cuando el hecho que se denuncia produzca daño a una persona”¹⁵.

4.4. La demanda de indemnización de perjuicios en sede extracontractual que debe pesar sobre los sujetos pasivos de la obligación.

Con el concepto de falta de servicio clarificado en sus bases fundamentales, y la procedencia del mismo en este caso, se hace la conexión con los sujetos pasivos en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado y la vinculación con CENABAST en este caso, porque en palabras de

¹⁵ Carta al director de Tomás Marguirott, publicada en el medio electrónico “Diario Constitucional”, el día 2 de marzo de 2021.

Carmona Quintana: “Serán sujetos pasivos, los órganos de la administración que han provocado un hecho dañoso. Dentro de ellos encontraremos a los órganos centralizados que, al carecer de personalidad jurídica y patrimonio propio, comprometerán directamente las arcas fiscales; de esta forma, según Ruiz Rosas, la demanda de responsabilidad deberá intentarse contra el Fisco de Chile. También existen los denominados órganos descentralizados, cuya característica es contar con una personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que a primera vista se puede deducir que responderán directamente con sus medios económicos, así como también, la demanda deberá dirigirse en contra de este y no del fisco” (2016: pp. 65-66) y como se ha mencionado más arriba, CENABAST es un servicio descentralizado, por tanto, la demanda por responsabilidad extracontractual cuyo criterio de imputación es la falta de servicio, ha de interponerse directamente contra el mentado organismo dependiente del MINSAL.

Una vez dicho esto, debe complementarse con lo expuesto por el profesor José Miguel Valdivia, en los siguientes términos: “Desde 2004 el derecho chileno cuenta con reglas específicamente aplicables a la responsabilidad extracontractual del Estado originada en el desempeño de los organismos públicos en el campo sanitario. Este régimen proyecta al terreno hospitalario el sistema de la responsabilidad por falta de servicio, que impera con carácter general sobre otros sectores de la administración del Estado. Sin duda, la responsabilidad plantea cuestiones de extrema importancia en materia médica y hospitalaria, en razón de las consecuencias fisiológicas que a menudo importa el daño y –atendida la condición del paciente al tiempo de ingresar al hospital– también de la complejidad de la relación de causalidad. Sin embargo, a pesar de algunas reglas especiales, rigen aquí las orientaciones generales del derecho de la responsabilidad civil. En cambio, el factor que aparece como propiamente distintivo del sistema desde la perspectiva del derecho público es la noción de falta de servicio (cuyo antecedente se sitúa en el derecho administrativo francés de la responsabilidad pública)” (Valdivia: 2019, p. 214), cuestión importante para mencionar, puesto que CENABAST puede considerarse como un organismo público del campo sanitario, al ser un ente dependiente del Ministerio de Salud y por labor dentro de nuestro sistema de administración pública, el cual es esencialmente la gestión para la adquisición y posterior distribución de medicamentos e implementos sanitarios para el sistema público nacional de salud, cuestión que no debe tomarse a la ligera y que acarrea un gran deber para el Estado y sus agentes, que en caso de fallar provoca un cúmulo de consecuencias negativas.

Ya establecida la existencia de falta de servicio como criterio de imputación de responsabilidad para CENABAST y la responsabilidad aquiliana que pesa en contra de los laboratorios Silesia y

Andrómaco, ¿cómo se pueden ordenar estos sujetos pasivos de manera óptima en una sola demanda?, esta no es una pregunta trivial, en razón que, como explica el profesor José Miguel Valdivia en un trabajo del año 2021, hay varios intereses en juego que no necesariamente puedan ser encauzados por un eje en común: “En algún grado, la dificultad de la búsqueda de soluciones en este campo se debe a la presencia típica de (al menos) tres protagonistas: por una parte, la víctima y, por la otra, el hechor y la administración, que mediante una operación contractual ha puesto a aquel en contacto con la víctima. Si teóricamente el interés de la víctima es fácil de discernir, no ocurre lo mismo con de los posibles responsables, que en estos casos se presentan separados al menos en dos, quienes frecuentemente intentan achacar recíprocamente la responsabilidad” (Valdivia: 2021, p. 193) y ese es uno de los aspectos a considerar solamente, porque como se ha mencionado más arriba en este trabajo, no es posible emplear la figura de la responsabilidad por el hecho ajeno, porque no se puede apreciar con claridad una situación en la cual los laboratorios sean dependientes de CENABAST en los términos que manda el artículo 2320 del Código Civil.

Para hacer frente a este problema práctico, el mismo profesor Valdivia en el ya citado artículo propone un acercamiento al problema de la triangulación de partes e intereses involucrados y propone hacer distinciones respecto a los tipos de contrato que la administración podría celebrar con privados y entre los que el académico de la casa de Bello trabaja, cuenta al *contrato de suministro* para fines administrativos, el cual es definido como aquel “que tiene por objeto la provisión de bienes muebles a la administración. Normalmente supone una compraventa, ya sea que implique una o más entregas espaciadas en el tiempo” (2021, p. 207) y es clave tener este instituto sobre la mesa, puesto que este es el contrato en específico que ha suscrito el Estado de Chile por medio de CENABAST con las farmacéuticas Silesia y Andrómaco para la adquisición por parte del primero de las pastillas anticonceptivas a la postre carentes de funcionalidad. Resulta clave ahondar en este aspecto, porque aquí está el quid de la configuración de la demanda y la realización del correspondiente remedio indemnizatorio para las afectadas, porque “una vez entregadas las cosas de que se trata, la administración las incorpora en sus procesos, de modo que los eventuales daños que se generen a raíz de su utilización sólo podrían ser cubiertas por la administración en tanto se acredite la comisión de una falta de servicio. Por cierto, en tanto el proveedor sea identificado o identificable (por ejemplo, el fabricante de productos defectuosos), no hay que excluir que la víctima también puede enderezar sus acciones en contra” (Valdivia: 2021, p. 208).

Un caso con características similares y que ha sido sometido al conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema es el denominado *Ticona Tarapa con JUNAEB* del año 2016, el cual nace

en el contexto de un contrato de suministro celebrado por la JUNAEB, para la obtención de implementos para labores del orden alimenticio para establecimientos educacionales de dependencia municipal (Ibídem). Este caso es de capital importancia para construir una estrategia procesal que cubra tanto a los laboratorios como a CENABAST o cualquier otro ente estatal eventual como sujetos pasivos, por las similitudes presentes con los casos emanados de concepciones injustas y por aquello, es menester explicar el caso *Ticona Tarapa* en sus bases fundamentales:

Los pilares de este caso se encuentran en la sentencia Rol N° 100.620-2016 de la Excelentísima Corte Suprema, que rechaza un recurso de casación en el fondo interpuesto por el el Consejo de Defensa del Estado en representación de JUNAEB en contra de la sentencia de segunda instancia emanada de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, que a su vez confirma el fallo de la primera instancia jurisdiccional que condena en forma parcial a la JUNAEB por \$100.000.000 por concepto de daño moral. ¿Cuáles son los hechos relevantes del caso?, el resumen a continuación:

- El 13 de febrero del año 2015, el señor Tomás Ticona Tarapa y la señora María Quispe Condori interponen demanda de indemnización de perjuicios, en juicio ordinario de mayor cuantía, en contra de la JUNAEB.
- En el mes de abril de 2013, el hijo de los demandantes, en ese entonces de nueve años, sufre un accidente en la cocina de su escuela, por las deficientes medidas de seguridad en el comedor del establecimiento y las defectuosas instalaciones en tal lugar, accidente en el cual se produce la muerte del niño.
- En el mentado comedor se ubicaban mesones en una débil estructura, diseñadas para sostener las ollas hirviendo.
- En medio de un juego con compañeros de curso, el niño sube a la estructura y le cae el agua hirviendo, provocando quemaduras en tercer grado en el 75% de su cuerpo, lo que termina provocando su fallecimiento.
- Los padres demandan por concepto de daño moral a la JUNAEB, porque en su visión de los hechos, la muerte del niño se produce por la negligencia del mentado organismo al proveer a la escuela de aquellos muebles de baja calidad y de no haber empleado todas las medidas de seguridad y por no corregir la situación oportunamente.
- El 6° juzgado de letras en lo civil de Santiago condena a Junaeb al pago de \$50.000.000 para cada uno de los demandantes por concepto de daño moral.

- La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el fallo de primera instancia.

En la sentencia de casación de la Corte Suprema se ofrecen los argumentos que ha empleado el Consejo de Defensa del Estado para construir el recurso de casación en el fondo, en los siguientes términos: “el arbitrio denuncia la infracción de los artículos 46 letra a) del Decreto con Fuerza de Ley N°2 del año 2010 del Ministerio de Educación, 2 inciso 2° del Decreto con Fuerza de Ley N°2 del año 1998 del mismo órgano y artículos 1 y 2 de la Ley N°15.720 que contiene el estatuto orgánico de la Junaeb, todo en relación a los artículos 19 y 20 del Código Civil, puesto que se rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada y, en su lugar, se da por establecida tal aptitud para ser sujeto de la acción por la sola circunstancia de estar obligada legalmente a dar alimentación a los alumnos. Explica que el objeto del litigio no estuvo constituido por la existencia o no del beneficio otorgado por la institución, sino por la mala ubicación de un recipiente de agua hirviendo que servía para tal fin. En concepto de la recurrente, el emplazamiento de tal envase es una decisión que corresponde exclusivamente al sostenedor del establecimiento” (SCS Rol N° 100.620-2016, considerando primero).

La Corte Suprema no hace más que confirmar lo razonado en la primera y segunda instancia, desechando la falta de legitimación pasiva alegada por JUNAEB y dejando por sentado que en los hechos, este servicio público ha incurrido en falta de servicio, no solo porque debe encargarse de proveer de alimentos a las escuelas, sino que también debe hacerlo de un modo seguro y no es procedente la defensa en torno a que en realidad el responsable del daño provocado es el sostenedor del establecimiento o el proveedor de los muebles.

Este fallo nos da luces respecto al camino que puede tomarse respecto de los casos donde se produzcan concepciones injustas producto de la negligencia de actores estatales y de privados en paralelo. Por la vía del juicio ordinario de lato conocimiento se debe interponer una demanda de responsabilidad civil extracontractual de indemnización de perjuicios, por los rubros de daño moral, daño emergente, lucro cesante y pérdida de una chance y en la cual los demandados deben ser tanto los laboratorios Silesia y Andrómaco como CENABAST en el caso particular de *Anulette CD*, por lo dispuesto en el artículo 2317 del Código Civil, y esto porque en atención a lo expuesto en este trabajo, todas estas personas jurídicas han malamente contribuido en base a su negligencia al daño final sufrido por la mujeres, los laboratorios por el ineludible hecho propio de fabricar pastillas anticonceptivas defectuosas, placebos al final del día y CENABAST por la negligencia de distribuir aquellos fármacos aún mediando las advertencias del Instituto de Salud Pública, lo que ha configurado la falta de servicio

en los términos ya señalados y generando la puerta de apertura a la configuración de la responsabilidad civil extracontractual en los términos del artículo 2314 del código de Bello.

El mismo razonamiento empleado para el caso de *Anulette CD* de inicios de este año 2021, podría ser empleado en cualquier caso de concepciones injustas con características similares y con actores complejos, en el sentido de tener por un lado a los privados y por el otro a agentes estatales.

Como último punto, ¿por qué el juicio ordinario de mayor cuantía y no el juicio especial de hacienda? a nuestro entender, el juicio de hacienda no es una opción conveniente, porque a pesar que el llamado “Juicio de Hacienda”, es un procedimiento especial regulado entre los artículos 748 y 752 del Código de Procedimiento Civil, donde el Estado y sus agentes “tengan interés”, lo que la doctrina ha entendido como el equivalente a ser demandado (Casarino: 2005: p. 68), podría ser una vía a considerar por la falta de servicio que se ha presentado en el caso, pero por un cuestión forense no sería del todo conveniente acudir a este procedimiento, puesto que la demanda debería radicarse en tribunal ubicado en ciudad asiento de corte, generaría el trámite de la consulta en caso que el fisco o el ente descentralizado sea condenado y solo traería el beneficio o perjuicio según como se mire de quitar la réplica y la dúplica en aplicación del art 748 y SS del código de enjuiciamiento. Además que por el juicio de hacienda no podría demandarse a los laboratorios privados, por lo que la mejor opción es agrupar a los demandados bajo el procedimiento y reglas contemplados por el juicio ordinario de mayor cuantía, por ser este la regla general y por permitir entablar una demanda con deudores solidarios que en definitiva son personas jurídicas con distintas naturalezas jurídicas, una de derecho privado y otra de derecho público con la correspondiente falta de servicio a cuestras.

CONCLUSIONES

Arribando al colofón de esta investigación, se puede concluir que efectivamente el problema de las concepciones injustas no son casos excepcionales que pasan muy de vez en cuando, son casos recurrentes que afectan los derechos de las mujeres en todas partes del orbe y todos los días. Ha quedado en evidencia que no son eventos que deban tomarse a la ligera, dado que está en juego la dignidad en sí de las mujeres afectadas por estas circunstancias, proyectos de vida que se ven truncados de un día para otro, afectaciones físicas y psicológicas muchas veces de irreversibles consecuencias colaterales y sobre todo involucra la pérdida de derechos y garantías fundamentales que tantos siglos

ha costado a las mujeres conseguir. Sumado a lo anterior, siempre están en tela de juicio por razones azarosas y arbitrarias, siendo el predicamento de las pastillas anticonceptivas defectuosas tan solo una manifestación de tantas en las cuales el Derecho y una sociedad machista y patriarcal relega a las mujeres a un injusto segundo plano, cuestión que se agrava más aún en el caso particular de estudio de esta tesina respecto a la fallas de *Anulette CD*, porque las mujeres afectadas, además de ser mujeres, son personas cuyas condiciones materiales de vida las obligan a buscar asistencia médica y farmacológica al servicio público de salud, acentuando aún más su situación de subalternidad en el actual estado de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico y social.

Así las cosas, el Derecho no debe quedarse ajeno a estas situaciones y debe ofrecer soluciones prácticas y justas para la reparación de los perjuicios sufridos por las personas afectadas y a modo de resumen en pos de conseguir este objetivo, exponemos como puntos conclusivos los que siguen:

- A) Los casos de concepciones injustas tienen múltiples manifestaciones y sus formas de configuración en el mundo real obedecen a una gran cantidad de factores a los cuales hay que poner atención y estudio para la determinación del camino legal óptimo para la construcción de soluciones concisas y efectivas.
- B) En estos casos, el nacimiento del niño que se produce por la ingesta de pastillas anticonceptivas defectuosas no debe considerarse en sí como el daño a indemnizar para las mujeres afectadas, lo que realmente genera el perjuicio real que pone en marcha todo el sistema de responsabilidad civil, es la obstrucción en el plan de vida de cada una de las mujeres gestantes, la perturbación de derechos sexuales y reproductivos consagrados a nivel constitucional y de instrumentos internacionales, y en general, la clara afectación a la dignidad que ha generado la maternidad forzada en aquellas mujeres, más aún considerando el limitadísimo campo de acción de la interrupción del embarazo en tres causales vigente en nuestro país, lo que no hace más que acentuar la vulneración al plan de vida las afectadas, cuestión que es merecedora de remedio indemnizatorio en la forma y los rubros que han sido señalados en este trabajo.
- C) Para el caso particular de *Anulette CD* acaecido entre finales del 2020 e inicios del 2021, hay dos sujetos pasivos o deudores de la obligación de indemnizar los perjuicios producidos a las mujeres afectadas, los cuales son los laboratorios Andrómaco y Silesia y por otro lado, previa configuración de la falta de servicio, la CENABAST dependiente del Ministerio de Salud, por proceder a la distribución de fármacos que había sido alertado venían defectuosos

En suma, los puntos conclusivos expuestos confirman la dramática situación a la cual están expuestas las mujeres todos los días, que no hace más que dar cuenta de la precariedad en cuanto a

garantías fundamentales. Es desafío de una sociedad que aspira a asentarse como una moderna y democrática, cortar de raíz tanto al nivel legal como social con estas situaciones para nada contestes con aspiraciones democráticas y de justicia social. Corresponde también a las y los operadores jurídicos idear soluciones para que desde la vereda del derecho se puedan lograr avances en estas materias de igual forma.

Para finalizar solo resta esgrimir que por una razón de justicia material e histórica para con las mujeres, el Derecho debe ofrecer soluciones integrales que se ocupen del bienestar de las personas afectadas y además de las vías indemnizatorias ya esbozadas. Queda planteado en nuestro país la lucha por la interrupción del embarazo legal y ante todo evento sin causales previas, en definitiva, el derecho a que cada mujer pueda efectivamente decidir sobre su propio cuerpo y sobre algo que es tan fundamental como lo es su derrotero de vida, cuestión que no es más que una reivindicación básica, pero mientras aquello no esté contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, aquí se ofrece una vía para configurar un remedio indemnizatorio desde el derecho civil.

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk Manasevich, René (2009) *Las Obligaciones. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Aedo Barrena, Cristián (2014) “El concepto de culpa aquiliana y su evolución en las últimas décadas. Distintas teorías”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 21, N°2, p. 22.
- Aedo Barrena, et al (2015): “Panorama comparada del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el derecho chileno”, en *Ius Et Praxis*, año 21, N° 1.
- Alessandri Rodríguez, Arturo (1943) *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago.
- Banfi del Río, Cristián (2000) “La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual chilena”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol 17, N°2.
- Banfi del Río, Cristián (2017) “Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el derecho inglés”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 24, N°2.
- Baraona, Jorge (2008) “La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: Panorama de derecho comparado”, en: *Cuadernos de extensión jurídica de la Universidad de los Andes*, N°15.
- Barría Díaz, Rodrigo (2019) “La pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami de 27 de febrero de 2010”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 245.
- Barros Bourie, Enrique (2010) *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Bermúdez Soto, Jorge (2002) “La responsabilidad extracontractual de la administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXIII.
- Cárdenas Villareal, Hugo y Sánchez Rubín, José Antonio, “Acciones de *wrongful conception* en Chile: Una propuesta de fundamentación”, en: *Acta Bioethica*, Número 24, Volumen 2, pp. 237-244
- Carmona Quintana, Esteban (2016), *La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado administrador*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago.

Casarino Viterbo, Mario (2010) *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo VI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 68.

Corral Talciani, Hernán (2010) “Concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños causados por accidentes de trabajo”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°14, pp. 69-107.

Corral Talciani, Hernán (2011) *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 25.

Cousiño Mac Iver, Luis (1975) *Tratado de Derecho Penal Chileno. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

De la Maza Gazmuri, Íñigo (2018) , “El daño moral en materia contractual. La mirada de la Corte Suprema”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 45, N° 2.

De la Maza Rivanedeira, Lorenzo (1989) “Responsabilidad contractual”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16, N°3.

Diez Schewerter (1997) *El daño Extracontractual: Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2008) “La concurrencia de responsabilidades o el mal llamado cúmulo de responsabilidades en el derecho chileno. Estado actual”, en: *Estudios de Derecho Civil III (Editor Alejandro Guzmán Brito)*, Editorial Legal Publishing, Santiago.

Enteiche Rosales, Nicolás (2011), “El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial” (1999-2010), en: *Revista de Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, N°23.

Figueroa Yáñez, Gonzalo (2012) *Curso de Derecho Civil. Tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Gabriel Rivera, José Luis (2013), “¿El perjuicio de haber nacido?, el Affaire Perruche de la asamblea plenaria de la corte de casación y una reciente sentencia de la sala civil de la corte superior de Tacna”, en: *Advocatus*, N° 29.

López Hernández, Hernán y Pérez Ceballos, Alejandra (2020), *Derechos sexuales y reproductivos. Serie de documentos y materiales docentes de la academia judicial de Chile*, Academia Judicial, Santiago.

Macía Morillo, Andrea (2009): “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12

Martín Casals, Miquel y Solé Feliu Josep (2001), “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, en: *Revista in dret*, N° 3.

Mee, Jennifer (1992), “Wrongful Conception: The Emergence of a full Recovery Rull”, en: *Washington University Law Review*, Vol. 70, N°3.

Mondaca Miranda, Alexis (2014): “Responsabilidad civil por *wrongful conception*. Negligencia médica, incumplimiento del deber de cuidado del cirujano. Comentario de jurisprudencia de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta del 2 de mayo de 2012, Rol N° 373-2011, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23.

Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2017), Exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres”. Archivo en la WEB

Patíño, Héctor (2008) “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del consejo de Estado colombiano”. en: *Revista de Derecho Privado (Colombia)*, N° 14.

Peñailillo Arévalo, Daniel (2018) “Sobre el Lucro Cesante”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N°243.

Pizarro Wilson, Carlos (2004) “La responsabilidad Civil de las personas sin fines de lucro”, en: *Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado*, N° 1.

Puig Brutau, José (1979) *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen II*, Editorial Bosch, Barcelona.

Rodriguez Grez, Pablo (2009) *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Romero Seguel, Alejandro (1999), “Aspectos Procesales de las Acciones para la protección de los consumidores”, en: *Cuadernos de Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*, Año 1999.

Smith-Groff, Melissa (1996), “*Wrongful conception*: When a unplanned child has a birth defect, who should pay the cost?”, en: *Missouri Law Review*, volumen 61, issue 1.

Soto Vallejos, Daniela (2018), “Notificación de sentencias dictadas en procesos de acciones colectivas. Análisis jurisprudencial”, en: *Revista de Derecho y Consumo*, N° 2.

Valdivia, José Miguel (2019), “La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Volumen 87, N° 246.

Valdivia, José Miguel (2021), “Responsabilidad del Estado por hechos de sus contratantes en el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 249 (enero-junio).

Viscandi Martínez, Arantzazu (2013), “El concepto de wrongful bith y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, en: *R. E. D. S*, N°3.

Zelaya Etchegaray, Pedro (1986) “Sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en el código civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Volumen XIII, N°3.

Zelaya Etchegaray, Pedro (2009) “Responsabilidad civil de hospitales y clínicas”, en: *Doctrinas esenciales de Derecho Civil. Responsabilidad Extracontractual. Editado por Raul Tavolari*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.