



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**Responsabilidad civil médica por el hijo nacido enfermo
concebido mediante técnicas de reproducción humana
asistida: acciones de wrongful life y wrongful birth y su
posible aplicación en Chile.**

DIEGO CUADRA ESPINOZA

ROCÍO RAMOS PISON

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES

PROFESORA GUÍA

DRA. FABIOLA LATHROP GÓMEZ

Santiago de Chile

2020

CONTENIDO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	7
RESUMEN	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I «ALGUNAS CONCEPTUALIZACIONES RELEVANTES PARA EL ESTUDIO»	13
§ 1. Técnicas de reproducción asistida	13
▪ 1.1. Técnicas de baja complejidad: Estimulación ovárica o inducción a la ovulación e inseminación artificial.....	14
▪ 1.2. Técnicas de alta complejidad: Fecundación in vitro y transferencia embrionaria, transferencia intratubárica de gametos, transferencia intratubárica de cigotos e inyección intracitoplasmática de espermatozoides	14
§ 2. Técnicas de reproducción humana asistida, investigación y consejo genético	16
§ 3. Exámenes genéticos ligados a las técnicas de reproducción humana asistida	18
▪ 3.1. Exámenes preconceptionales.....	19
▪ a. Cariotipo genético	20
▪ b. Carrier screening o test de compatibilidad genética.....	21
▪ 3.2 Exámenes preimplantacionales (DGP).....	22
▪ a. DGP para el estudio de enfermedades monogénicas.....	23
▪ b. DGP para el estudio de aneuploidías o alteración cromosómica numérica.....	24
▪ c. DGP para el estudio de alteraciones cromosómicas estructurales	24
§ 4. Dilemas <i>ético-jurídicos</i>	25
▪ 4.1 El estatuto jurídico del embrión.....	26
▪ 4.2 ¿Mecanismo de selección de humanos?	27
▪ a. Qué es la eugenesia, concepto y breve reseña histórica.....	28
▪ b. Tipos de eugenesia	29
▪ c. Terapia génica y eugenesia: el problema del transhumanismo	30
▪ 4.3. A modo de conclusión.....	32

CAPÍTULO II «ESTADO DE LA REGULACIÓN APLICABLE EN CHILE»	34
§ 1. Regulación relativa a las TRHA	34
• 1.1. Ley N°19.585	34
• 1.2. Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°1072	34
• 1.3. Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°902	36
• 1.4. Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°241	36
• 1.5. Proyectos de ley sobre TRHA	37
▪ a. Proyecto de ley de Sebastián Piñera	37
▪ b. Proyecto de ley de Ruiz- Esquide	38
▪ c. Proyecto de ley de Guido Girardi	39
§ 2. Regulación relativa al estatuto del embrión	40
• 2.1. Regulación relativa al embrión intrauterino	41
• 2.2. Situación relativa al embrión extrauterino (preimplantacional y/o in vitro)	50
§ 3. Regulación relativa a la investigación genética: Ley N°20.120 (2006), “Sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma y Prohíbe la Clonación Humana” y Decreto N°114 que Aprueba el Reglamento de la Ley 20.120	53
• 3.1. ¿Nuevo límite?	55
• 3.2. La supuesta prohibición a los exámenes genéticos relacionados con TRHA	56
▪ a. La eugenesia	58
▪ b. El campo de aplicación de la ley	60
▪ c. El principio de legalidad penal	61
§ 4. Síntesis: Insuficiencia normativa	62

CAPITULO III «ANÁLISIS DE LA NORMATIVA RELATIVA A LAS TRHA Y LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD ASOCIADA AL INICIO DE LA VIDA A TRAVÉS DE ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE: DERECHO COMPARADO» 64

§ 1. Análisis de normativa extranjera sobre TRHA	64
• 1.1. Estados Unidos	65
• 1.2. La experiencia europea	68
▪ a. España: Ley 14/2006	68
▪ b. Italia: Ley 40/2004	71
▪ c. Francia: Ley N° 2004-800	73
▪ d. Alemania: ley n°745/90 de 1990 sobre protección al embrión	74
• 1.3. La (in)experiencia de América Latina	75
§ 2. La problemática de la responsabilidad asociada al inicio de la vida	76
• 2.1. La puerta de entrada: Zepeda v. Zepeda	76
• 2.2. Las acciones de responsabilidad asociadas a la vida	78
▪ a. Wrongful pregnancy o Wrongful conception	78

▪ b. Acciones de Wrongful birth y Wrongful life.....	80
▪ c. La recepción jurisprudencial del wrongful birth.....	82
▪ d. La recepción jurisprudencial del wrongful life.....	86
▪ 2.3. Bases asentadas en la jurisprudencia.....	89
CAPÍTULO IV «LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA».....	90
§ 1. Estatuto aplicable.....	91
§ 2. El contrato médico.....	92
▪ 2.1. Calificación del contrato.....	92
▪ 2.2. Contenido del contrato médico.....	94
▪ a. Contenido imperativo introducido por el legislador.....	94
• A. Obligación de seguridad.....	95
• B. Derecho a la información y consentimiento informado.....	99
• B.1. Fundamentos del deber de informar.....	100
• B.2. Contenido del deber de informar.....	101
• B.3. La responsabilidad por la infracción al principio de consentimiento informado.....	103
▪ i) Riesgo no informado sin daño posterior.....	104
▪ ii) Riesgo no informado con daño posterior.....	104
• a) La casualidad.....	104
• b) El daño.....	106
◦ b.1) La imputación de todo daño.....	106
◦ b.2) La imputación por la pérdida de oportunidad de que el daño no hubiera acaecido.....	107
▪ C. Lex artis.....	108
§ 3. Responsabilidad por incumplimiento del contrato médico.....	110
▪ 3.1. Responsabilidad por culpa.....	110
▪ a. Error médico y culpa médica.....	110
▪ b. Obligaciones de medios.....	111
▪ 3.2. Responsabilidad objetiva.....	115
▪ a. Obligaciones de resultado.....	115
▪ b. Calificación de la obligación como de resultado.....	117
CAPITULO V «ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE ¿PROCEDEN EN NUESTRO ORDENAMIENTO? ».....	120
§ 1. Bases teóricas.....	121

▪	1.1 Concepción realista del negocio jurídico e idea del propósito práctico del contrato.....	121
▪	1.2 Construcción de la regla contractual.....	124
▪	1.3. Contrato con efectos protectivos a terceros.....	127
§	2. Plausibilidad de las acciones de wrongful birth y wrongful life.....	134
▪	2.1. El daño.....	134
▪	a. El rol de la Ley N° 21.030.....	135
▪	b. ¿Cuál es el daño?: Escapando de la calificación de la vida como daño en sí.....	136
▪	c. Daño en las acciones de wrongful birth.....	139
•	A. Procreación natural.....	139
•	B. Diagnósticos preconceptivos, preimplantatorios y procreación artificial.....	146
▪	d. Daño en las acciones de wrongful life.....	152
•	A. Procreación natural.....	152
•	B. Procreación artificial.....	154
▪	2.2. La causalidad.....	161
▪	a. Procreación natural.....	162
•	A. Wrongful birth.....	162
•	B. Wrongful Life.....	165
▪	b. Procreación artificial.....	166
•	A. Wrongful birth.....	166
•	B. Wrongful life.....	170
	CONCLUSIONES	174
	BIBLIOGRAFÍA	179

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ART	Artículo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Código Civil Chileno
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPR	Constitución Política de la República de Chile
DGP	Diagnóstico Genético Preimplantacional
FIV	Fecundación In Vitro
RE	Resolución Exenta
TE	Transferencia Embrionaria
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
WB	Wrongful Birth
WC	Wrongful Conception
WL	Wrongful Life

RESUMEN

Frente a la posibilidad con la que cuentan aquellos interesados en procrear o los futuros padres de conocer con anterioridad a la concepción y al nacimiento el estado de su futura descendencia y una vez hecho el diagnóstico, tomar los cursos de acción que estimen necesarios con miras a evitar enfermedades futuras, surge la problemática de la responsabilidad civil cuando con ocasión de una prestación médica, preconceptiva, preimplantacional y, con mayor frecuencia prenatal, los profesionales sanitarios omiten información relacionada con el estado o riesgos que amenazan a la descendencia futura o ya concebida, o bien emiten diagnósticos erróneos sobre la enfermedad presente en los interesados en procrear, embrión o feto.

Más allá de nuestras fronteras, las acciones civiles mediante las cuales se ha buscado la tutela judicial son llamadas por la voz anglosajona de *wrongful birth* y *wrongful life* donde el daño se encontraría a priori determinado por el hecho de nacer y de vivir afectado por patologías que debieron ser correctamente diagnosticadas e informadas en el momento oportuno para permitir a la gestante optar por la no procreación o la interrupción voluntaria del embarazo.

Teniendo en cuenta lo dicho, nos preguntamos ¿es posible que esta realidad sea trasladada a nuestro país? ¿tendrían alguna posibilidad de éxito estas acciones frente a nuestros tribunales de justicia?

Habremos de tener en cuenta la restrictiva legislación en materia de aborto -que en principio parecería coartar toda pretensión indemnizatoria ligada al hecho del nacimiento- y la incompleta legislación en torno a terapias de reproducción asistida.

A través de un análisis de la legislación específica existente con ‘potencialidad’ de aplicación, normas de responsabilidad civil médica, la construcción de la regla contractual de acuerdo al “moderno derecho de los contratos” y una lectura del daño como lesión a intereses legítimos y significativos, concluiremos la plausibilidad de tales acciones.

INTRODUCCIÓN

El interés por este trabajo nace de la observación de la legislación de países donde se ha regulado la facultad de interrupción voluntaria del embarazo y la manera cómo esta realidad ha sido fundamental en el nacimiento de la problemática de la responsabilidad asociada al inicio de la vida.

Es un hecho que ahí donde el ordenamiento permite la interrupción voluntaria del embarazo, ya sea sólo con limitación de plazos (v.gr. Estados Unidos), o gran amplitud de causales y sujeción a plazos (v.gr. España) o bien causales restrictivas -cabe decir, en todo caso, más amplias que las tres causales de Chile- (v.gr. Alemania e Italia), existe un alto número de embarazos que no llegan a término -mediando el ejercicio de la facultad de interrupción- cuando en el marco de un diagnóstico prenatal se informa de la existencia de una enfermedad, deficiencia o malformación grave o incurable (v.gr. enfermedades hereditarias incurables, malformaciones producto de administración de sustancias teratogénicas, aneuploidías tales como el síndrome de Down, etc.)

Aquella situación se encuentra en íntima relación con las posibilidades que el avance de la tecnología biomédica pone al alcance de profesionales sanitarios y pacientes. En este escenario, es posible detectar e incluso tratar un número elevado de taras que pueden afectar a la futura descendencia, ya en una etapa preconcepcional mediante exámenes genéticos realizados a parejas interesadas en la procreación, ya en la etapa preimplantacional mediante exámenes genéticos a embriones (v.gr DGP) o bien como se señaló más arriba en la etapa prenatal, una vez que el feto se encuentra ya en el vientre materno mediante ecografías, muestreo del vello coriónico, amniocentesis, entre otros.

Teniéndose entonces la posibilidad de evitar el nacimiento de un menor enfermo, por alguno de los medios disponibles de acuerdo a la técnica, surge la problemática de la responsabilidad cuando con ocasión de una prestación médica, preconcepcional, preimplantacional y, con mayor frecuencia prenatal, los profesionales sanitarios omiten información relacionada con el estado o riesgos que amenazan a la descendencia futura o ya concebida, o bien emiten diagnósticos

erróneos (falsos positivos) sobre la enfermedad presente en los interesados en procrear, embrión o feto.

Así, en aquellos países donde el tema no es novel, se ha señalado que la conducta del o los profesionales que yerran en el diagnóstico o dejan en la ignorancia a los interesados, impide el libre ejercicio de la facultad de optar por la interrupción del embarazo (en el marco de una prestación prenatal) o bien que impide tomar una decisión libre y a conciencia sobre sus planes conceptivos, lo que frente al nacimiento del hijo que no ha podido ser evitado, es traducido como un perjuicio cuya reparación se pretende hace ya varias décadas frente a los tribunales de justicia.

Las acciones mediante las cuales se ha buscado la tutela judicial son llamadas tradicionalmente por la voz anglosajona de *wrongful life (WL)* y *wrongful birth (WB)* (la impropiedad de la traducción al español ha mantenido esas voces al momento de su tratamiento) donde el daño se encontraría determinado por el hecho de nacer y de vivir afectado por patologías que debieron ser correctamente diagnosticadas e informadas en el momento oportuno para permitir a la gestante optar por los cursos de acción disponibles. La diferencia radica en que las acciones de *WL* son intentadas por el nacido enfermo, contra los profesionales, ya sea representado o por sí mismo al alcanzar la mayoría de edad alegando el perjuicio que le significa haber permitido que naciese en aquellas aciagas circunstancias mientras que en las acciones de *WB*, son los progenitores quienes reclaman, contra los profesionales sanitarios, los perjuicios morales y económicos que han sufrido a causa de su negligencia.

El ejercicio de estas acciones no ha estado exento de críticas y rechazo, determinadas por el hecho de que a priori, ambas calificarían el hecho de la vida misma como un daño, lo que suscita un enorme debate de tintes no sólo jurídicos sino, éticos, sociales y religiosos. No obstante, los diversos tribunales que, en un comienzo fueron reacios al resarcimiento por hecho mismo del nacimiento, han cambiado sus criterios y han hecho precedente estas acciones, por un lado debido a una nueva manera de entender cuál es el derecho o interés efectivamente dañado por la conducta de los profesionales sanitarios y, por otro, a las nuevas funciones que a lo largo del siglo XX se han venido atribuyendo a la responsabilidad civil.

Se ha señalado que el ejercicio de estas acciones tiene dos requisitos fundamentales. El primero dice relación con la regulación de la facultad de optar por una interrupción voluntaria del

embarazo (lo que adelantamos sólo es cierto respecto de los casos donde la negligencia se produzca en el marco de una prestación prenatal y no así en las prestaciones preconceptivas y preimplantacionales donde es perfectamente posible prescindir de este requisito) y el segundo es que el defecto que padece el nacido, debe poder haber sido detectado de acuerdo a los avances de la ciencia médica antes de la concepción o antes del vencimiento del plazo legal para acudir al aborto.

Dicho lo anterior, sabemos que el derecho positivo vigente en el Chile no fue estructurado pensando en las consecuencias del avance de las ciencias biomédicas, y se aprecia cómo parece quedar sin respuestas a la hora de dilucidar posibles responsabilidades por errores en el marco de diagnósticos genéticos embrionarios, diagnósticos morfológicos prenatales o bien omisiones en la entrega de información sobre los riesgos que podrían amenazar a la descendencia futura o la ya concebida. Más aún, no se ha planteado jamás esta problemática frente a los tribunales de justicia y el interés académico no alcanza la decena de publicaciones.

Teniendo en cuenta lo dicho, nos preguntamos ¿es posible que esta realidad sea trasladada a nuestro país? ¿tendrían alguna posibilidad de éxito estas acciones frente a nuestros tribunales de justicia? Para responder a estas preguntas, hemos de tener en cuenta la restrictiva legislación en materia de aborto, que a priori parecería echar por la borda toda pretensión indemnizatoria ligada a perjuicios ligados al hecho del nacimiento. Sin embargo, aun así, creemos que es posible analizar más a fondo la situación y llegar a una conclusión diversa.

Sin dejar de lado aquellas situaciones generales en que las acciones de responsabilidad presentadas podrían ser procedentes, profundizaremos nuestro estudio en aquellas hipótesis de responsabilidad que guardan estrecha relación con las terapias de reproducción asistida e investigación génica, que permiten el conocimiento y estudio de la taras que afectan a los interesados en la procreación (etapa preconcepcional) y embriones (etapa preimplantacional), por un lado, pues permiten prescindir del requisito de una regulación permisiva en materia de aborto y porque estimamos que los profesionales sanitarios intervinientes en estas técnicas están investidos a los ojos del derecho de un rol de expertos que acrecienta sus obligaciones legales y sobre todo contractuales, y por tanto su actuar debe revestir suma diligencia.

Las TRHA y su vinculación a las técnicas genéticas, más allá de los debates ético-jurídicos que puede suscitar, pone al Derecho en una situación de alerta no sólo respecto a la necesidad de

legislar y regular, dando un marco mínimo aplicable a estas materias sino también de identificar la inmensa variedad de nuevos plexos de obligaciones profesionales y de daños resarcibles derivados del incumplimiento de las obligaciones que recaen sobre los profesionales intervinientes.

Capítulo I

«Algunas conceptualizaciones relevantes para el estudio»

1. Técnicas de reproducción asistida

Por técnicas de reproducción asistida (en adelante TRHA) debe entenderse «cualquier manipulación de los elementos reproductores humanos, sean células germinales, gametos, cigotos o embriones, con el fin de conseguir un embarazo»¹ y cuyo objeto es «maximizar las posibilidades de fertilización y de embarazos viables»², es decir, mediante estas técnicas se asiste al proceso natural de procreación poniendo el avance biomédico a disposición de aquellos que se ven impedidos de procrear naturalmente, ya por infertilidad ya por otras causas que impiden acceder a la procreación natural (v.gr. personas solteras y parejas homosexuales)

En la actualidad la reproducción asistida puede ser llevada a cabo mediante distintas técnicas, cuya pertinencia es determinada por el médico de acuerdo al historial clínico y las circunstancias propias del paciente. Suelen ser divididas de acuerdo al grado de complejidad, riesgo y molestia que causa a los pacientes. Las técnicas de uso común son:

¹ (Riaño Galán y Núñez Cubero 2004, 186)

² (Ibid.)

1.1 Técnicas de baja complejidad

Estimulación ovárica o inducción a la ovulación

Con el objeto de inducir la ovulación natural se administran bajas dosis de hormonas implicadas en el ciclo menstrual.³ Se utiliza en casos de ovulación anormal, infertilidad idiopática y como coadyuvante de otras TRHA⁴

Inseminación artificial

Consiste en el depósito de espermatozoides de manera no natural⁵ (i.e. mediante un catéter) en el útero con el objeto de lograr la fecundación de manera natural. Su ventaja consiste en que los espermatozoides deben realizar un recorrido más corto y menos riesgoso hacia el óvulo. Se llama, de acuerdo a la procedencia del semen, inseminación artificial homóloga cuando proviene de la pareja de la paciente, o inseminación artificial heteróloga si este ha sido donado.⁶

1.2 Técnicas de alta complejidad

Fecundación in vitro y transferencia embrionaria (FIV-TE)

Esta técnica consiste en la extracción de óvulos mediante ultrasonido⁷ o por punción de los folículos de los ovarios⁸, para que estos sean fecundados extracorpóreamente en un laboratorio, con semen obtenido previamente, ya de la pareja, ya de donante, mediante la incubación conjunta de ambos gametos⁹ (la fecundación pese a ser extracorpórea ocurre de manera natural).

³ (Villaquiran, Dolz y Salvador 2018)

⁴ (Jausoro 2000, 6)

⁵ (Villaquiran et al. Op.cit.)

⁶ (Jausoro Op.cit., 6)

⁷ (Ibid.)

⁸ (Villaquiran et al. Op.cit.)

⁹ (Ibid)

Luego, los embriones obtenidos son transferidos o al útero o a las trompas de Falopio para continuar con el proceso de multiplicación celular.

Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)

Tanto óvulos como espermios (gametos) obtenidos son introducidos con un catéter, mediante procedimiento laparoscópico, a las trompas de Falopio para que allí tenga lugar la fertilización¹⁰. Esta técnica se encuentra aprobada por la Iglesia Católica, pues la fecundación se realiza dentro del organismo¹¹

Transferencia intratubárica de cigotos (ZIFT)

Esta técnica mezcla la FIV y GIFT, pues producida la fecundación en un laboratorio, mediante laparoscopia, serán transferidos los cigotos a las trompas de Falopio¹². La diferencia con FIV y GIFT radica en el momento en que es hecha la transferencia. En esta técnica la inyección del cigoto es hecha en estado de pronúcleo 24 horas después de ocurrida la fecundación.

Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)

Se trata de una variante compleja de la FIV pues, la fecundación no ocurre de forma natural por la incubación conjunto de los gametos femeninos y masculinos. En este caso se selecciona un espermio mediante técnica microscópicas y se inyecta dentro del citoplasma del óvulo mediante una micro aguja¹³. Esta técnica se encuentra especialmente recomendada en los casos que los

¹⁰ (Healthwise 2017)

¹¹ (Zegers s.f.)

¹² (Healthwise Op.cit.)

¹³ (Villaquiran et al. Op.cit.)

espermatozoides tienen una deficiente morfología o problemas de movilidad que le impiden fecundar por sí solos el óvulo.¹⁴

2. Técnicas de reproducción humana asistida, investigación y consejo genético.

Para efectos de este trabajo entenderemos a la investigación genética como aquella área científica que estudia el ADN humano con el objeto de determinar los factores genéticos y ambientales que contribuyen al desarrollo de patologías.¹⁵

La relación entre TRHA e investigación genética -ampliamente reconocida por la comunidad científica-¹⁶ ha engendrado la disciplina de la genética reproductiva cuyo enfoque es el estudio de «la forma de transmisión del material genético, el efecto de las anomalías del material genético sobre la reproducción, la transmisión de anomalías genéticas a la descendencia y los eventuales efectos de las modificaciones epigenéticas de este material»¹⁷.

Esta relación viene dada por el interés de aquellos que desean procrear de impedir o morigerar las consecuencias de la transmisión de caracteres genéticos defectuosos heredables a la progenie. Así, en la actualidad, estas técnicas son demandadas no sólo por personas afectadas por infertilidad o imposibilidad de procreación, sino también aquellas, no infértiles o imposibilitadas, que manifiesten el deseo de una descendencia sana, esto es, sin graves afectaciones que aminoren la calidad de vida, ya de padres, ya de hijos. Esto ha transformado la práctica no sólo en la mera realización de procedimientos pertinentes tendientes a la procreación sino también en un método que, obligado a tener en cuenta los deseos de los pacientes que se someterán a ellas, permite mayores decisiones procreativas con relación a la salud de la futura descendencia e incluso conforme avanza la ciencia, la selección de características deseables - que nada tienen que ver con la salud- lo que lleva a la aparición de expresiones como «bebés de diseño» o «supermercado genético»¹⁸, cuyo contenido expresa la alarma que produce la

¹⁴ (Ibid.)

¹⁵ (Miller School of Medicine s.f.)

¹⁶ (Vendrell 2017, 529)

¹⁷ (Ibid., 528)

¹⁸ (Singer 2002)

posibilidad de manipulación modificación de las características genéticas basales de la humanidad y las consecuencias que esto podría producir en las generaciones futuras.

TRHA e investigación genética, se encuentran íntima relación con el *consejo genético* que ha sido definido como

«un proceso por el que los pacientes -y a veces también sus parientes- con riesgos de padecer enfermedades de carácter hereditario, genético o en relación con alguna alteración cromosómica, son advertidos de las consecuencias de la enfermedad o anomalía, de la probabilidad de padecerla o de transmitirla y de los medios posibles para evitarlas, mejorarlas o paliarlas»¹⁹

El *consejo genético* es un proceso que tiene distintas fases reconocibles según su relevancia, especificidad y conflictividad jurídica²⁰. En primer lugar, el profesional interviniente informa al paciente la existencia de exámenes genéticos que permiten determinar la existencia de patologías heredables o el origen de su infertilidad. Existen variedad de exámenes y pruebas genéticas que permiten que futuros padres puedan contar con mayor cantidad de información sobre su propia constitución (v.gr. origen de su infertilidad) y sobre su futura descendencia, dándoles no sólo mayor seguridad, sino también un mayor ámbito de libertad en la toma de decisiones procreativas. Entre estos, encontramos los exámenes preconceptivos, cuyo objeto es informar al (los) futuro(s) progenitor(es) acerca de los factores genéticos propios que podrían tener incidencia negativa en la salud de la futura progenie; exámenes preimplantatorios (que suponen el uso de la técnica de fecundación in vitro) que permiten analizar los embriones antes de ser transferidos al útero y exámenes prenatales donde lo estudiado es el feto ya implantado y las posibles anormalidades que lo afecten. En este último caso, no sólo exámenes genéticos son realizables, sino también, por ejemplo, aquellos de tipo únicamente morfológico como las ecografías.

En segundo lugar, encontramos, luego de una decisión voluntaria, el sometimiento del paciente al examen pertinente que ha sido aconsejado. Luego la tercera fase del proceso consiste en el análisis y diagnóstico, con la información obtenida del examen, que debe hacer el profesional y la posterior entrega de información (i.e. alternativas de tratamiento) que se debe. Acto seguido

¹⁹ (Emaldi 2001, 727)

²⁰ (Ibid., 727-728)

se tiene la elección del paciente de alguna de las alternativas propuestas por el profesional y en último lugar, el seguimiento que debe hacer el médico a aquellos que ya recibieron el tratamiento indicado.

En el seguimiento de estas fases, el médico debe siempre propender a establecer un canal de comunicación con el paciente que permita la entrega de información certera y que no posibilite la generación de expectativas excesivas en los tratamientos pues no todos los trastornos genéticos o patologías pueden ser evitados.

El avance tecnológico y la investigación biomédica ponen a disposición de las personas mejores servicios médico sanitarios pero con resultados no siempre garantizados, lo que transforma a la medicina en una actividad con mayor propensión al riesgo de daños²¹ y a la actuación de los profesionales en una práctica defensiva por la proliferación de acciones judiciales en su contra, llevando al cuestionamiento sobre los límites de la diligencia exigible.

3. Exámenes genéticos ligados a las técnicas de reproducción humana asistida.

En la actualidad existen una serie de pruebas genéticas cuyo objetivo es establecer el riesgo de transmisión de enfermedades genéticas a la descendencia o diagnosticar a la que ya ha sido procreada en sus distintas etapas de desarrollo. En general la clasificación que de ellos se hace, tiene como referencia el momento en que el examen es realizado. Serán *preconcepcionales* si los exámenes son anteriores a la procreación y su finalidad es revelar las causas del padecimiento de infertilidad o el deseo de determinar si las personas o parejas con planes reproductivos son portadores de enfermedades genéticas y el riesgo de transmitirlo a su descendencia; *preimplantatorios* cuando se estudian los embriones obtenidos mediante técnica de fecundación in vitro con el objeto de lograr una mayor eficacia reproductiva o determinar la presencia de patologías, para transferir los embriones no afectados, reduciendo el riesgo de expresión de enfermedades genéticas y; *prenatales* si se pretende detectar anomalías fetales en los ya concebidos (naturalmente o por técnicas de asistimiento)

²¹ (Ibid., 728)

Nos referiremos únicamente a los exámenes *preconcepcionales* y *preimplantatorios* por ser los cuales se hallan en más estrecha relación con las TRHA²², sin perjuicio de hacer mención en capítulos posteriores de exámenes prenatales en la medida en que su omisión culpable o dolosa puede ser fuente de responsabilidad.

3.1 Exámenes preconcepcionales

Los exámenes preconcepcionales se asocian a la planificación del embarazo, cuyo objeto es evaluar las condiciones de salud de la gestante o de la pareja para que a partir de los resultados obtenidos se pueda decidir de manera informada y responsable una futura maternidad/paternidad. Existen variados exámenes preconcepcionales que estudian el estado de salud subyacente de quien será la gestante y que buscan la detección de factores de riesgo que podrían influir negativamente en el embarazo, es decir, analizar, si la mujer se encuentra en condiciones óptimas para alojar un nuevo ser en su vientre mediante exámenes básicos tales como hemograma (i.e. biometría hemática) y pruebas de química sanguínea, entre otros que podrían descartar la presencia de determinadas patologías que disminuyen la fertilidad (enfermedades venéreas como gonorrea, sífilis u clamidia) o que además puedan ser causas de aborto espontáneo (v.gr. diabetes e hipotiroidismo).

Más allá de estos exámenes, es posible que se presente la necesidad de un estudio de los genes de los futuros padres, bien pues la causa de la infertilidad puede ser genética o bien pues se desea identificar la presencia de genes causantes de enfermedades heredables a la descendencia.

Dos de los exámenes preconcepcionales de uso más extendido son el cariotipo genético y el *Carrier screening* (o test de compatibilidad genética)²³

²² Estimamos que los exámenes prenatales atienden más bien a la noción de asistencia al embarazo que de asistencia a la fertilización y que por el objeto de este trabajo es posible prescindir de su análisis pormenorizado como será visto.

²³ Sin perjuicio de esto existen otros exámenes como el análisis de la ploidía espermática mediante la técnica FISH, estudio de la fragmentación del ADN espermático, estudio de la meiosis en las distintas etapas de la espermatogénesis, estudio de enfermedades concretas asociadas a los cromosomas X e Y, entre otros. Véase Vendrell (Op.cit., *passim*.)

a) Cariotipo genético

La especie humana posee 46 cromosomas ordenados en 22 pares más un par de cromosomas sexuales (X e Y) que diferencia a ambos sexos. El cariotipo en sangre periférica es el estudio que permite detectar anomalías en el número o en la estructura de los cromosomas²⁴, mediante el análisis de una muestra de células (generalmente linfocitarias) donde los cromosomas son ordenados por forma y tamaño y comparados con un mapa cromosómico «normal». Datos estiman que la incidencia de cariotipos alterados en la población general es de 1 de cada 1000, mientras que en la población estéril es de 1 de cada 20²⁵, por lo que la prueba está especialmente indicada en casos de anomalía seminal (v.gr. azoospermia, oligozoospermia), fallos ováricos, abortos de repetición y fallos de implantación²⁶. Incluso algunos laboratorios señalan que, si se contempla recurrir a una TRHA, el examen de cariotipo en sangre periférica es obligatorio para evitar abortos de repetición, malformaciones congénitas y retraso en el desarrollo del nuevo ser^{27 28}

Las anomalías cromosómicas pueden ser numéricas o estructurales. Relacionadas con la reproducción se tiene entre las más frecuentes anomalías numéricas el Síndrome de Klinefelter (hombres) y el Síndrome de Turner (mujeres) cuya presencia permite explicar la infertilidad. Por otro lado, las anomalías estructurales pueden dar lugar diversas consecuencias clínicas como la baja calidad seminal²⁹ y en mujeres la mayoría de estas anomalías «provocan problemas de fertilidad; fallos de implantación, abortos a repetición o nacimientos con defectos genéticos, debido a que parte de los ovocitos de las mujeres portadoras están alterados y se generan embriones genéticamente anormales.»³⁰

De detectarse una anomalía -y siempre que no haya una ausencia total de espermatozoides u ovocitos- la solución para asegurar una descendencia sana es a través del diagnóstico genético

²⁴ (Vendrell Op.cit., 529)

²⁵ (CEFER s.f.)

²⁶ (Ortíz, Instituto Bernabeu, S.L. (ES) 2011)

²⁷ (Pronacera s.f.)

²⁸ (SINAE s.f.)

²⁹ (Ibid.)

³⁰ (Vendrell Op.cit., 530)

preimplantacional (DGP)³¹ que permite detectar posibles anomalías genéticas en el embrión, como el Síndrome de Down, el Síndrome de Klinefelter, el Cromosoma Filadelfia o el Síndrome de Turner, entre otras³², por lo que sería necesario recurrir a una TRHA (FIV) para la obtención de los embriones que serán estudiados.

b) Carrier screening o test de compatibilidad genética

Es un tipo de test genético que permite estudiar si se es portador (*carrier*) de un gen causante de determinados desórdenes genéticos recesivos, así como la posibilidad de tener un hijo con algún tipo de enfermedad autosómica recesiva heredada.³³

Un portador de enfermedad recesiva es una persona que tiene una alteración o mutación en una de las dos copias de genes, heredadas una del padre, otra de la madre. Cuando un gen tiene una alteración o mutación es probable que dé lugar a una enfermedad genética (si el gen alterado es dominante), sin embargo, los portadores de enfermedades recesivas por regla general no tienen ningún síntoma o sólo síntomas «leves» y regularmente desconocen que son portadores de un desorden genético, pues para la expresión de la enfermedad recesiva se necesitan dos copias del mismo gen alteradas.^{34 35} Sin embargo, cuando se produce la fecundación de los gametos de dos personas portadoras de una misma mutación, existe un 25% de probabilidades de tener descendencia afectada por la enfermedad genética recesiva, es decir 1 de cada 4 nacidos ³⁶, un 50% de ser portador-sano, y un 25% de nacer sano.^{37 38} Entre las enfermedades autosómicas recesivas comunes se encuentran la fibrosis quística, atrofia espinal, beta talasemia, síndrome de fragilidad del cromosoma X, sordera hereditaria, retinitis pigmentaria y otras.

³¹ (Ortíz 2011 Op. cit.)

³² (VITA 2016)

³³ (ACOG 2018)

³⁴ (Ibid.)

³⁵ (IVI s.f.[a])

³⁶ (Ibid.)

³⁷ (Ibid.)

³⁸ (ACOG Op.cit.)

Se recomienda la realización de este test especialmente a personas que se sometan a TRHA con gametos donados, personas que pertenezcan a un mismo grupo étnico, parejas consanguíneas, personas con antecedentes familiares de enfermedades autosómicas recesivas, entre otros. Por otro lado, en el caso de descubrirse que ambas personas que se someterán a TRHA son portadores, se recomienda la realización de un diagnóstico genético preimplantacional con el objeto de transferir únicamente los embriones no afectados a la futura gestante. Datos estiman que el *carrier screening* posibilita reducir el riesgo de tener descendencia con una enfermedad genética de 1 de cada 100 -que es el riesgo de la población general- a 1 de cada 30.000³⁹

Como cierre debe ser dicho que en la actualidad ninguno de los exámenes genéticos preconceptionales permite eliminar la posibilidad de tener un hijo afecto de alguna enfermedad genética, bien pues las enfermedades que es posible estudiar son de escasa ocurrencia⁴⁰ bien pues no estudian las enfermedades autosómicas dominantes y posibles mutaciones de “novo”⁴¹

3.2. Exámenes preimplantacionales (DGP)

El diagnóstico genético preimplantacional (en adelante DGP o PGT por sus siglas en inglés) consiste en el estudio de alteraciones cromosómicas y genéticas de embriones generados mediante técnica de fecundación in vitro, en estadios tempranos de desarrollo (normalmente 8 células), con el objeto de lograr una descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada enfermedad^{42 43 44}. Dentro de esta técnica es posible evidenciar tres tipos de DGP distintos, a saber, DGP para el estudio de enfermedades hereditarias monogénicas, DGP para el estudio de aneuploidías o enfermedades cromosómicas numéricas y DGP para el estudio de enfermedades cromosómicas estructurales.

³⁹ (IVI Op.cit.)

⁴⁰ Véase tabla de enfermedades detectadas mediante un estudio *carrier screening* en <https://www.novagen.com.ar/wp-content/uploads/2018/09/tabla-mutaciones.pdf> (último acceso en: 11 septiembre de 2019)

⁴¹ Mutación que aparece por primera vez en la familia. Ni padres ni abuelos presentan la alteración genética y ocurre como resultado de una mutación en una célula germinales de los padres o en el cigoto.

⁴² (Lledó, Instituto Bernabeu S.L [ES], 2017)

⁴³ (Vendrell Op.cit., 535)

⁴⁴ (IVI, s.f. [b])

Se recomienda recurrir al uso de estas técnicas si la mujer tiene más de 37-38 años (a mayor edad aumenta el porcentaje de transmitir alteraciones cromosómicas, siendo de un 70% entre los 35 y los 37 años y llegando a un 92% entre los 42 y 45 años), personas o parejas que se hayan sometido a ciclos de FIV sin éxito, personas con historial de abortos de previos (de repetición), personas con exámenes de cariotipo alterados, predisposición al cáncer genético⁴⁵, varones con alteraciones en seminogramas o con meiosis patológicas, entre otras causas relacionadas ya con la infertilidad, ya con trastornos genéticos⁴⁶

a) DGP para el estudio de enfermedades monogénicas (PGT-M)

Las enfermedades monogénicas son aquellas producidas por la alteración o mutación de la secuencia de ADN de un solo gen concreto. Si uno o los dos miembros de la pareja son portadores de una alteración para un gen concreto, existe una alta probabilidad de transmitir una enfermedad hereditaria a la descendencia (independiente del patrón de herencia del gen, esto es, recesivo, dominante, ligado al cromosoma X o Y), lo que se denomina «riesgo genético»⁴⁷.

El PGT-M (test genético para enfermedades monogénicas) consiste en la biopsia de embriones -mediante la extracción de células que al ser indiferenciadas son por tanto equipotenciales y permiten extrapolar el resultado a la totalidad del embrión- con el objeto de seleccionar a aquellos libres de la alteración o mutación y transferir al útero únicamente los que se encuentren sanos, permitiendo de este modo terminar con el patrón hereditario de la enfermedad.^{48 49}

El uso de esta técnica permite diagnosticar enfermedades hereditarias graves, muchas veces incurables, tales como hemofilia A y B, fibrosis quística, enfermedad de Huntington, esclerosis tuberosa 1 y 2, anemia de Fanconi, atrofia muscular espinal, entre otras⁵⁰

⁴⁵ (Dexeus s.f.)

⁴⁶ (Institut Marques s.f.)

⁴⁷ (Vendrell Op.cit., 535)

⁴⁸ (Ibid.)

⁴⁹ (Ortíz, Instituto Bernabeu, S.L. [ES] 2015)

⁵⁰ (Dexeus Op.cit., s.f.)

b) DGP para el estudio de aneuploidías o alteración cromosómica numérica (PGS o PGT-A)

Aneuploidía significa alteración en el número de cromosomas (23) que puede dar lugar a enfermedades genéticas. Las aneuploidías más comunes son las trisomías, es decir, se presentan tres copias del mismo gen dando lugar a enfermedades como el síndrome de Down, síndrome de Turner, síndrome de Klinefelter entre otras. Por otro lado, las monosomías totales (ausencia completa de una copia del gen) suelen ser incompatibles con la vida humana. Tanto monosomías como trisomías son en muchos casos la causa de la imposibilidad de conseguir un embarazo⁵¹

Con el objeto de transferir únicamente embriones sanos e incluso con miras a optimizar los ciclos de transferencias, lo que permite la reducción de tiempos de embarazo e incluso -pese a la realización de nuevos análisis- menores costes (ciertas alteraciones cromosómicas impiden que el embrión se desarrolle, se implante o bien llevan a abortos por ser incompatibles con la vida)⁵² se utiliza la técnica conocida como PGS, PGT-A o *screening cromosómico completo* (CCS) que mediante un análisis de la relación del ADN del embrión y un ADN de control permite la detección de cambios en la cantidad de cualquiera de los cromosomas del embrión⁵³

c) DGP para el estudio de alteraciones cromosómicas estructurales.

Puede ocurrir que luego de un examen de cariotipo se aprecia una dotación cromosómica normal en su número pero que presenta deficiencias estructurales. Las alteraciones estructurales más frecuentes son las translocaciones (intercambio entre fragmentos de dos cromosomas distintos), inversiones (un segmento cromosómico cambia su orientación normal) y deleciones (pérdida de segmentos de un cromosoma). Normalmente los portadores de estas alteraciones no tienen problemas clínicos pues poseen toda la información genética necesaria⁵⁴, sin embargo, al momento de la fecundación algunos de sus ovocitos o espermatozoides son portadores de una

⁵¹ (Vendrell Op. cit., 536)

⁵² (Lledó Op.cit., 2017)

⁵³ (Ortíz Op.cit., 2015)

⁵⁴ (Lledó, Instituto Bernabeu S.L [ES] 2014)

formula cromosómica patológica, conocida como «fórmula desequilibrada»⁵⁵ lo que da lugar a embriones afectados con imposibilidad de implantarse, a abortos de repetición o si se llega al nacimiento, niños con enfermedades, muchas veces incurables o letales.⁵⁶

El uso de DGP permite en estos casos la selección de embriones sanos «o, a lo sumo, portadores de la fórmula equilibrada, en cualquier caso, asintomáticos»⁵⁷

4. Dilemas ético-jurídicos.

Si bien las TRHA forman ya parte de la cotidianeidad en nuestro país, irguiéndose como la alternativa obvia para satisfacer los anhelos de las parejas infértiles de engendrar hijos biológicos, es menester recordar que, como suele suceder cada vez que las ciencias y la tecnología se adentran en nuevos campos – y especialmente en uno cómo éste-, su aplicación no se halla libre de cuestionamientos.

Lo anterior pues, como pilar fundamental de la subsistencia de la raza humana, la reproducción ha merecido, entre las más variadas culturas y a lo largo de los siglos, un tratamiento especial por parte de las autoridades, particularmente de las religiosas.

De ahí que la irrupción en la medicina de las técnicas que nos convocan pueda ser - y haya sido- vista como la perversión de los científicos entrometiéndose en las tareas encomendadas a la divinidad, lacerando los principios que, acerca de la naturaleza de las relaciones y del rol tradicional de la familia, sostienen ciertas creencias.

Ahora bien, no es el campo al que éste trabajo interesa ni es nuestra intención avocarnos a este tipo de discusiones, prescindiremos de ellas, y nos limitaremos a tratar sólo aquellos puntos en que la moral, la ética y la interacción entre las TRHA y los derechos humanos, generan

⁵⁵ (Vendrell Op.cit., 536)

⁵⁶ (Lledó Op.cit., 2014)

⁵⁷ (Vendrell Op.cit., 536)

conflictos que puedan incidir en su regulación y en una eventual responsabilidad médica a resultas de la enfermedad del hijo concebido⁵⁸.

4.1 El estatuto jurídico del embrión

La problemática no ha pasado desapercibida en Chile ni en el mundo -y cómo podría- siendo tratada numerosas veces por la doctrina y legisladores, atendiendo que las consecuencias de zanjar la discusión en uno u otro sentido resultan determinantes para materias tan variadas como el aborto, la responsabilidad de la mujer embarazada, los derechos hereditarios y- cómo no- para las TRHA.

Podemos resumir la cuestión del estatuto jurídico del embrión en dos preguntas: ¿Es el embrión sujeto de derechos? Y si no lo fuere ¿Está protegida la vida del embrión?

Si la respuesta a la primera pregunta fuere afirmativa sus efectos en el campo de la reproducción asistida serían arrasadores. Teniendo el embrión el estatus de persona y, por tanto, siendo sujeto de los derechos y las garantías que tutelan las cartas constitucionales y las leyes, variados procedimientos necesarios para ejecutar tratamientos de fertilización serían inconcebibles, y otros tantos, a lo menos, bastante cuestionables.

El caso más evidente sería la imposibilidad de acudir a la destrucción de los embriones restantes que no han sido trasplantados al útero, ello como consecuencia lógica de reconocerle un derecho a la vida equivalente al de las personas que ya han nacido. Consecuencia de esto, es que centros de reproducción humana asistida tanto en Chile como en otras partes del mundo, no acuden a dicha práctica, prefiriendo incentivar la donación de los embriones o mantenerlos vitrificados para eventual uso futuro, lo que por cierto también genera resquemores. Esto debido a que la criopreservación de embriones colisionaría también con ciertos derechos fundamentales, particularmente con la dignidad humana. En cuanto a esta, hay quienes han planteado que,

⁵⁸ Es por la señalada limitación que en el presente trabajo quedarán en el tintero variados conflictos ético-jurídicos tremendamente interesantes para el derecho, como por ejemplo la “donación” de ovocitos, las críticas que se siguen de su mercantilización y la afirmación de que de este procedimiento se seguirían perjuicios para el futuro hijo.

existiendo cierto grado de incertidumbre respecto al estatuto del embrión, lo prudente es que se le de el respeto que se le debe a toda persona humana pues, frente a la falta de certeza, «la experimentación o manipulación de embriones no sería posible sin un trasfondo de menosprecio a la persona humana en general»⁵⁹. La dignidad humana implica que la persona es un fin en si misma, demandando de todas las demás su acogida y protección, y no pudiendo ser manipulada como si fuera un instrumento⁶⁰. Mantener suspensa la vida del embrión implicaría disponer de aquel como se lo hace con las cosas y no con las personas.

Por nuestra parte creemos en la evidencia científica que señala que la imposibilidad de servirse de la criopreservación unida a la prohibición de destruir los embriones que la praxis médica aconseja no implantar, redundaría en mayores costos y riesgos para los usuarios de las TRHA. Sin la posibilidad de preservarlos sería necesario acudir a más estimulaciones ováricas, fertilizaciones, o conseguir nuevamente donaciones de células germinales, pues no resultaría posible que se reserven para el siguiente los embriones obtenidos en un primer ciclo. No pudiendo tampoco eliminarse los restantes, el centro médico se vería obligado a transferir todos los que resultaren fertilizados, lo que aumenta el riesgo de embarazos múltiples y así, el peligro para la vida de los fetos que logren implantarse y de la futura madre⁶¹.

4.2 *¿Mecanismo de selección de humanos?*

Uno de los aspectos más controvertidos de las TRHA, junto a la criopreservación y la destrucción de embriones, es la posibilidad que entregan los test genéticos preimplantacionales de seleccionar, de entre una multiplicidad de embriones resultantes en un ciclo de FIV, a aquellos que tengan características genéticas deseables, descartándose para ser implantados aquellos afectados por enfermedades hereditarias, enfermedades ligadas al sexo e incluso - quizás uno de los puntos más controvertidos aun cuando la ciencia parece no ir tan avanzada-

⁵⁹ (Vial y Rodríguez, 59)

⁶⁰ (ibid., 57)

⁶¹ (Zegers, Crosby y Salas, 898)

aquellos cuyo sexo no fuese el esperado por razones netamente subjetivas, o que no fueren a nacer con determinados rasgos tales como altura, inteligencia o color de piel.

Para comprender mejor cuáles son las implicancias éticas de la selección de los rasgos de la descendencia mediante testeos genéticos utilizados con ocasión de las TRHA, haremos referencia a un concepto más amplio, la *eugenesia*.

a) *Qué es la eugenesia, concepto y breve reseña histórica.*

Conforme la define la RAE, eugenesia es el «estudio y aplicación de las leyes biológicas de la herencia orientadas al perfeccionamiento de la especie humana» del francés *éugénésie*, donde *eû* es *bien* y *génésie* es *génesis*. Este término, que debiéramos traducir como “bien nacer”, fue acuñado en 1833 por Francis Galton, naturalista y primo de Charles Darwin, cuya obra influenció su interés por la selección natural en humanos⁶².

La eugenesia tuvo, por un lado, el fin de conservar⁶³ las cualidades que mejor eran valoradas por una parte hegemónica de la sociedad, principalmente europea y estadounidense, promoviendo matrimonios entre quienes tuvieran caracterespreciados y evitando que aquellos se “degeneren” mediante el mestizaje y, por el otro, eliminar rasgos indeseables⁶⁴ mediante la segregación sexual y racial, prohibiciones de inmigración, de celebrar matrimonios interraciales, castración involuntaria, infanticidio y genocidio⁶⁵. Un ejemplo de ésta última manifestación de la eugenesia es el tristemente célebre holocausto de la Alemania nazi.

Hoy, transcurridos casi dos siglos desde que se acuñara el término, la eugenesia evolucionó desde un método de selección guiado por el Estado, y donde éste determinaba las cualidades deseadas en la población, a la llamada “eugenesia liberal” que da primacía a los individuos y lo que ellos consideran deseable⁶⁶. Existiendo libertad de someterse a diversos testeos genéticos,

⁶² (Villela y Linares 2011, 190)

⁶³ Estas medidas para conservar caracteres deseables eran llamadas de “eugenesia positiva”, término que hoy tiene diversa significación.

⁶⁴ Entendida entonces como “eugenesia negativa”, término que hoy tiene, al igual que la “eugenesia positiva”, un sentido distinto.

⁶⁵ (Villela y Linares, Op.cit., 191)

⁶⁶ (Ibid. 196)

se posibilita «la manipulación más efectiva e intencionada de nuestro genoma y, por ende, de la constitución hereditaria de la humanidad⁶⁷».

b) Tipos de eugenesia

Dentro de las prácticas eugenésicas existe una distinción a la que debemos poner atención, pues resulta vital a la hora de distinguir si una conducta se encuentra o no reñida con los valores éticos imperantes en el derecho internacional. Ella es la que distingue entre eugenesia positiva y negativa.

Eugenesia positiva es la que consiste en

la aplicación del conocimiento biológico molecular, el diagnóstico y la intervención genética en la búsqueda del enriquecimiento de nuestro genotipo para modificar nuestro fenotipo, con la finalidad de obtener una descendencia que la selección natural probablemente nunca hubiera conseguido⁶⁸.

Mientras que por eugenesia negativa se entiende aquella que tiene por objeto corregir errores genéticos y eliminar enfermedades o factores genéticos que pudieran desencadenarlas, teniendo en cuenta que «este tipo de eugenesia comprende decisiones individuales de tratamientos terapéuticos solo si su finalidad es influir sobre la herencia de características genéticas»⁶⁹

Aplicando esta distinción a la selección de embriones en una FIV, nos hallaremos frente a un procedimiento eugenésico negativo cuando este tenga por finalidad evitar que el embrión transferido a la madre sea uno afectado por enfermedades genéticas incurables. Esta forma de eugenesia es generalmente considerada como aceptable y en ese sentido se han manifestado nuestras autoridades⁷⁰. Por otro lado, si los embriones son descartados tan solo a raíz de poseer

⁶⁷ (Ibid. 195)

⁶⁸ (Ibid.)

⁶⁹ Sutullo en Villela y Linares (Op.cit., 195)

⁷⁰ Véase capítulo 2 en lo que se refiere a la discusión parlamentaria de la ley N° 20.120

ciertas cualidades que se encuadran dentro del rango normal de la especie, sin defecto genético de por medio⁷¹, la práctica es de eugenesia positiva, y se torna éticamente cuestionable.

c) Terapia génica y eugenesia: el problema del transhumanismo

Desde que fue desarrollada en los años 70 y hasta nuestros días, la terapia génica ha sido una técnica muy cuestionada, mas sin embargo imparable, utilizándose hoy para producir desde sustancias como la insulina, la hormona del crecimiento y el activador tisular del plasminógeno, hasta para mejorar la duración, tamaño y resistencia a las sequías de los alimentos producidos por la industria de la agricultura.

Pero el aspecto que nos interesa de la terapia génica es uno mucho más polémico, a saber, el de aquella como método para alterar el genotipo humano, en primer término, como método terapéutico, vale decir, con el objeto de rectificar alteraciones genéticas y, luego, como potencial medio perfectivo de la raza humana.

Como método terapéutico

la terapia génica se ha desarrollado como un método de acercamiento al tratamiento de las enfermedades humanas basado en la transferencia de material genético a las células de un individuo. Habitualmente la finalidad de esta transferencia de material genético es restablecer una función celular que estaba abolida o defectuosa, introducir una nueva función o bien interferir con una función existente⁷²

Esto constituye una forma de eugenesia negativa y, «sin duda moralmente aceptable»⁷³

⁷¹ Determinar cuándo nos encontramos frente a una enfermedad genética grave y cuándo frente a cualidades normales en la especie no es, en todos los casos, tan simple. Algunas preguntas por responder son; si deben o no comprenderse a aquellos embriones que podrían no manifestar la enfermedad, pero sí ser portadores; cuál debe ser la probabilidad de que se presente; cuándo la enfermedad puede considerarse grave y, las posibilidades de tratar o prevenir la enfermedad. Para más abundamiento véase Kohn, Outomuro, Bortz y Sánchez (2004)

⁷² (Ruiz y Sangro 2005, 18)

⁷³ (Kohn y otros 2004, 149)

Como forma de eugenesia positiva, tiene el potencial para crear “superhumanos”, más inteligentes, aumentar el rendimiento físico, la estatura, y seleccionar rasgos faciales, color de ojos, de cabello, etc.

A ambas formas de terapia se les puede incluir una nueva complicación, determinada por el tipo de célula en que se lleva a cabo. Si se realizaren en cualquier célula, salvo óvulos y espermatozoides, nos encontramos frente terapia génica somática, y si se realizaren en células germinales, como lo son, óvulos y espermios, ante terapia génica germinal. Ambas tienen diversa carga ética.

La terapia génica somática no presenta mayor oposición debido a que no se efectúan cambios en las células germinales y por tanto el tratamiento afecta tan solo al individuo que se somete a él, y no a su descendencia⁷⁴, razón por la cual se ha señalado que «no se podría afirmar que no es ética sin sostener, al mismo tiempo, que la cirugía estética o el consumo de antioxidantes y/o energizantes para mejorar la propia condición física es también inmoral⁷⁵». De manera tal que la resistencia a esta técnica se ha determinado principalmente por las ventajas injustas que podría su aplicación brindar a un determinado sector -especialmente socioeconómico- de la población.

En cambio, existen muchas voces que se alzan en contra de la terapia génica en células germinales, y aún más si nos referimos solo a su faceta como eugenesia positiva. Dichos contendores son llamados “bioconservadores”, y entre ellos se enlistan autores de la talla de Leon Kass, Francis Fukuyama y Michael Sandel⁷⁶.

Su oposición se funda en la restricción a la libertad y autonomía del hijo cuyos genes han sido modificados, sin que exista una finalidad que lo justifique. De manera tal que el uso de estas tecnologías sin restricciones, y en pos del solo perfeccionamiento, socavaría la dignidad humana⁷⁷. Sin embargo, existe cierta disposición a aceptar esta tecnología en aquellas circunstancias en que su uso se circunscribe al ámbito de la salud.

Ahora bien, la razón más obvia y que ha tenido mayor peso para que la terapia génica en células germinales continúe siendo una técnica proscrita por diversos instrumentos legales, tantos

⁷⁴ (Rodríguez 2003, 71)

⁷⁵ (Ibid. 151)

⁷⁶ (Ibid.)

⁷⁷ (Villela, Op.cit., 281-282)

internacionales como internos, se encuentra dada por el actual estado de avance de la ciencia. Se ha dicho que

en el presente estado de la tecnología, llevar a cabo la terapia génica germinal conlleva el riesgo de dañar las futuras generaciones. Cualquier pequeño error se magnifica, ya que las células de los genes manipulados van a dar lugar a cada célula individual en el cuerpo. Los errores y alteraciones en el material genético quedan para la siguiente generación⁷⁸.

Lo anterior se suma a que como aún no ha sido posible recombinar de manera exacta genes, intercambiando uno dañado por otro funcional en el mismo lugar cromosómico, existe el riesgo de que caiga en la ruta de otro gen, afectando el proceso de desarrollo y pudiéndose desencadenar cáncer.

4.3 A modo de conclusión

Si bien existen algunos pocos tópicos en los que la doctrina y las legislaciones se muestran, en su mayoría, de acuerdo -como es el caso de benignidad de la eugenesia negativa y de la proscripción de la terapia génica germinal-, los mayores cuestionamientos que se presentan a propósito de la moralidad de los procedimientos y técnicas de que se sirven -o eventualmente pudieran servirse- las TRHA, permanecen sin resolverse. Y parece ser la tónica que el avance de la tecnología nos alcanza antes de tomar una decisión. Así el caso de Louise Brown, la primera “bebé de probeta”, que remeció al mundo cuándo aun muchos consideraban que la fecundación producida en laboratorios atentaba contra la dignidad humana pues, señalaban, privaría al niño de un cierto “toque humano” del que sí gozarían los hijos concebidos naturalmente⁷⁹.

Probablemente llegue el día en que la terapia génica se desarrolle lo suficiente como para que su aplicación en humanos no conlleve mayores riesgos y, como ocurrió con Louise, los cuestionamientos en torno a la lesión a la dignidad humana se disipen. Si ese día llega sin que

⁷⁸ (Rodríguez, Op.cit, p. 74)

⁷⁹ (Villela, Op.cit., p. 282)

se haya madurado una conversación en la que se logren establecer ciertos acuerdos mínimos, es probable que nos hallemos -como es el caso actual de las TRHA en nuestro país- frente a una actividad que opere en la inexistencia de un marco regulatorio, con cientos de preguntas acerca de sus límites sin responder, y con legisladores incapaces de dar pronta solución a estos problemas.

Creemos que, si bien es natural que exista gran diversidad de opiniones y, sabiendo que obtener acuerdos unánimes en materias tan delicadas como esta es probablemente imposible, es por la relevancia misma del tema tratado que es menester brindar un marco normativo dentro del cual actuar, no siendo el desacuerdo de la doctrina o de los legisladores justificación suficiente para mantener en la incertidumbre a los usuarios de las técnicas y los profesionales tratantes, acerca de sus derechos, obligaciones, límites y responsabilidades.

Capítulo II

«Estado de la regulación aplicable en Chile»

Con el objeto de discernir cómo pueden construirse y cuáles son algunas de las conductas esenciales exigibles al profesional médico que interviene en TRHA y, configurar su eventual responsabilidad es menester en primer lugar un análisis de la regulación pertinente en Chile, para determinar si el legislador ha proporcionado un marco regulatorio específico que permita conocer los deberes a los que debe sujetarse y las técnicas cuyo ejercicio es permitido.

1. Regulación relativa a las TRHA

1.1. Ley N°19.585 (1998)

La citada ley incorpora el artículo 182 del Código Civil, cuyo fin es determinar la filiación del hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida declarando padre y madre al hombre y la mujer que se sometieron a ellas. Determinada así la filiación, es inimpugnable y no puede reclamarse una distinta.

1.2. Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°1072 (1985)

Se trata de una resolución dictada por el Ministerio de Salud con el objeto de regular a los organismos sujetos a su potestad normativa, por lo que resulta obligatorio a los centros de reproducción asistida pertenecientes al sistema público y para los establecimientos privados es sólo una guía orientativa.

El primer artículo al momento de definir las técnicas de fecundación in vitro (FIV) y transferencia embrionaria (TE), señala que aquellas posibilitan la fertilización del óvulo en un

medio artificial y su consecutiva implantación en el útero para «que el embarazo tenga la oportunidad de evolucionar *hasta la consecución de un recién nacido vivo y sano*». Agregamos el énfasis con el objeto de resaltar que este instrumento hace eco del interés existente en que el niño/a nacido producto de las TRHA lo haga en condiciones de salud, manifestando así que el fin de estas técnicas va más allá de la mera procreación y que subyace un deber de diligencia para con el ser futuro. Como se verá en un capítulo posterior, este interés tiene relación directa con la responsabilidad que pueda seguirse de la mala praxis en la aplicación de estas técnicas.

En el resto del articulado se aprecia el carácter regulatorio de la resolución señalando en qué casos estas técnicas se encuentran prescritas; requisitos que deben cumplir las instituciones que las efectúen; la obligación de designar un Comité de Ética; la información que debe entregarse al ministerio; la conservación de registros, y la exigencia de que conste por escrito la autorización de la pareja infértil para someterse a los procedimientos tras ser informados verbalmente y por escrito de sus probabilidades, riesgos y costos.

De especial relevancia, para nosotros, son los artículos 7° (b) y 8° en su inciso último.

Art. 7 (b). - Será responsabilidad de los profesionales y expertos que forman el equipo que efectuará FIV y TE, el cuidado *de la madre y del feto hasta su nacimiento, asegurando su integridad y salud*» (énfasis agregado)

Art. 8 inc. final. - Todos *los embriones normales* obtenidos mediante estas técnicas deben ser transferidos a la madre, sin poder acudir a la criopreservación⁸⁰ para diferir su implantación ni para fines de investigación» (énfasis agregado)

Como se ve, estas normas claramente tienen por objeto establecer deberes de conducta, relativos a la *lex artis*, para los profesionales sanitarios participantes, por lo que eventualmente podrían ser utilizadas como pautas en un juicio de responsabilidad. Además, reiteran el interés en la condición de salud del ser futuro al prescribir los cuidados adecuados a la madre y el feto y obligando a implantar únicamente los embriones «normales» lo que no es otra cosa que

⁸⁰ En cuanto a la prohibición a la criopreservación de embriones que afectaba a los centros de reproducción asistida del sistema público en virtud de esta normativa, cabe mencionar que debe entenderse la norma derogada. Su derogación tácita se provoca por las normas de igual jerarquía R.E. N°902 (2019) y R.E. N°241 (2015) que recomiendan la criopreservación para aumentar las tasas de embarazo e incluso le otorgan cobertura FONASA al procedimiento de vitrificación de los embriones sobrantes.

embriones sin enfermedad. Sin embargo, cabe reiterar que el alcance de esta resolución es acotado, aplicando únicamente a organismos de carácter público.⁸¹

1.3. Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°902 (2019)

Otorga cobertura en Fonasa para tratamientos de fertilización asistida de baja y alta complejidad para beneficiarios del tramo B, C o D. En cuanto a los de alta complejidad, cubre hasta dos ciclos completos, considerando los costos de la inducción a la ovulación, aspiración folicular, FIV o ICSI, transferencia embrionaria, soporte post transferencia embrionaria, criopreservación de embriones (solo el costo de la vitrificación), preparación endometrial y descongelación de embriones.

1.4. Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°241 (2015)

Detalla las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad, casos para los que se recomiendan, posibles complicaciones y, en lo pertinente a este trabajo, hace recomendaciones tales como limitar los embriones transferidos a solo dos para disminuir las probabilidades de embarazo múltiple, criopreservar embriones para disminuir las tasas de multigestación y aumentar la tasa acumulativa de embarazo y parto, deber de informar los efectos del tabaco en el tratamiento, entre otras.

Estas recomendaciones podrían eventualmente utilizarse como parámetros de evaluación de la conducta de los profesionales sanitarios intervinientes e incluso estimamos que podrían servir a la eventual víctima de daños como prueba de la falta de diligencia empleada por los facultativos. Pero como hemos ya señalado más arriba, el alcance de esta resolución es acotado no obstante

⁸¹ Según datos de REDLARA (institución que reúne más del 90% de los centros de reproducción asistida en Latinoamérica) en Chile sólo 10 centros se encuentran acreditados, de los cuales sólo uno es de carácter público - IDIMI Hospital San Borja Arriarán- (En cuanto a CER Centro de Estudios Reproductivos que funciona en el (continuación nota 2) Hospital Clínico de la Universidad de Chile, es dudoso su carácter público o privado). En: http://www.redlara.com/aa_espanhol/quem_centros.asp# (consultado 30 de agosto de 2019)

su relevante utilidad a la hora de definir deberes conductuales específicos comunes a la práctica médica.

1.5. Proyectos de ley sobre TRHA

De la lectura de la normativa expuesta se concluye una verdad indesmentible y alarmante. No existe un marco normativo que determine de manera específica, completa y aplicable a todos los partícipes de esta actividad, requisitos mínimos para llevar a cabo estas técnicas, limitaciones, deberes o responsabilidades.

Sin embargo, esta ausencia de regulación no halla su explicación en una absoluta ausencia de interés por parte del legislador por establecer un marco normativo.

A continuación, revisaremos aquellas mociones que, aun en tramitación o ya archivadas, intentaron llenar el vacío legal en el que se desenvuelven las técnicas de reproducción asistida en nuestro país⁸²:

a) Proyecto de ley de Sebastián Piñera

El día 6 de Julio de 1993 el entonces Senador Sebastián Piñera presentó una moción que inicia el proyecto de ley que «regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas» y que se sustenta en tres principios jurídicos. Tales son la protección de la vida y la dignidad humanas; la protección al interés superior del niño, y la protección de la familia y del matrimonio.

⁸² Cabe mencionar que se han presentado también mociones que buscaban regular de manera tangencial algunas materias relativas a TRHA, generalmente buscando prohibir ciertas prácticas (fecundación post mortem, ectogénesis, terapia génica en células reproductoras, elección de sexo, etc.). Ellas son las mociones presentadas en los boletines 1997-11 y 2010-11, que no trataremos atendidos los alcances limitados con los que tratan la materia que nos convoca.

El proyecto contempla como requisitos para someterse a las técnicas de reproducción asistida la existencia de vínculo matrimonial entre los pacientes, la infertilidad de uno de ellos y la ineficacia de otras terapias. Quedaban excluidas por tanto parejas homosexuales, no matrimoniales y personas solteras.

Prohíbe las técnicas de reproducción asistida heterólogas al impedir la cesión de gametos a cualquier título -excluyendo, por tanto, también a las parejas en que alguno o ambos pacientes no disponen de gametos útiles-, la criopreservación, la maternidad por subrogación, y la destrucción, experimentación, comercialización y, en general, todo uso de embriones humanos para un fin distinto al de la reproducción.

Además, para el caso de nacimientos fruto de TRHA en alguno de los casos no autorizados, proponía normas que determinan la filiación siempre en favor de la mujer que parió y el hombre cuyos gametos participaron en la concepción, e impedían a la mujer con cuyos óvulos se realizó la fecundación optar por la adopción de ese hijo que ha nacido de otra.

Finalmente, junto con requerir el consentimiento escrito de la pareja matrimonial al momento de someterse a estas técnicas, imponía deberes de información al establecimiento médico respecto a los solicitantes, debiendo señalárseles los distintos aspectos e implicancias de las técnicas, los resultados previsibles, los riesgos de toda clase que involucran y, en general, todas aquellas consideraciones jurídicas, médicas, éticas y religiosas involucradas en las técnicas a las que se someterán.⁸³

b) Proyecto de ley de Ruiz- Esquide

Una década después, encontrándose ya archivado el proyecto del Senador Piñera, el Senador Ruiz-Esquide presenta una moción que buscaba reiniciar la labor legislativa en torno a las TRHA.

Este segundo esfuerzo legislativo se funda en principios bioéticos reconocidos por la doctrina a lo largo del mundo para señalar como marco mínimo: la necesidad de consentimiento

⁸³ Artículo 6.

informado; el altruismo en las relaciones vinculadas a la donación de gametos; y la protección del embrión humano, incluyendo la prohibición de experimentar con ellos o destruirlos.

Se distingue del proyecto de 1993 en permitir a las parejas estables sin vínculo matrimonial optar por TRHA y en permitirles recurrir a gametos cedidos a título gratuito cuando los solicitantes no tengan, o no sean los suyos útiles al fin reproductivo.

Prohíbe al igual que su antecesor la criopreservación de embriones, no obstante, se ocupa de la situación de aquellos que ya se encuentran criopreservados, prohibiendo su destrucción e imponiendo un plazo de cinco años para que las parejas que se hubieren sometido a las técnicas dispusieron de ellos, término tras el cual los embriones serían susceptibles de ser adoptados por otras parejas.

Es interesante para efectos de este trabajo que la propuesta en cuestión contempla expresamente el deber del centro médico de verificar que el donante de gametos no padezca enfermedades graves transmisibles, y el de conservar respecto de aquel la información clínica y los antecedentes genéticos que sean relevantes para prevenir y diagnosticar eventuales enfermedades en la criatura que se conciba, o en su lugar, el de tomar los resguardos que permitan garantizar a los solicitantes que los gametos donados han pasado por las pruebas correspondientes y que «sobre ellos no pesa moratoria o recomendación de no uso», cuando provienen de una institución distinta que el centro médico»⁸⁴

c) Proyecto de ley de Guido Girardi

El día 3 de octubre del 2006 Guido Girardi renueva los esfuerzos por establecer reglas básicas acerca del uso y del acceso a las TRHA. A diferencia de sus antecesores, este nuevo proyecto pone énfasis en generar una regulación marco que garantice un buen desenvolvimiento y desarrollo de las TRHA. Para ello no permite o prohíbe procedimientos específicos -cuyas denominaciones y conceptualizaciones escapan al campo de las situaciones jurídicas y por ello, no han de ser tratadas en esta ley sino por los científicos- sino que declara lícitas todas aquellas

⁸⁴ Artículo 7.

que sean terapéuticamente adecuadas para conseguir la procreación, cuando no sean contrarias a la Constitución, las leyes o el derecho de terceros.

Además, se distingue de las mociones anteriores al fundarse en criterios médicos y no valóricos, restándose de la tónica de condicionar el acceso a estas técnicas a sólo determinadas formas de familia y no pretendiendo responder cuestiones de orden filosófico, tales como el estatuto del embrión o el inicio de la vida.

Dentro de sus normas cabe destacar los artículos 4º y 5º, que señalan:

Art. 4. - Puede recurrirse libremente a técnicas de reproducción humana asistida cuando una mujer o un hombre presenten algún grado de infertilidad que hagan aconsejable su uso terapéutico con fines de procreación.

Art. 5. Las técnicas de reproducción humana asistida sólo podrán tener por fin la reproducción humana.

El uso de estas técnicas fuera del cuerpo de la mujer, tales como la fecundación *in vitro*, la criopreservación u otras son admisibles mientras sean terapéuticamente necesarias y eficaces para el fin de procreación y ello no sea contrario a la Constitución, a las leyes o al derecho de terceros.

El proyecto promete más en su introducción de lo que efectivamente dispone, pero en todo caso, al igual que sus antecesores, se encuentra archivado.

2. Regulación relativa al estatuto del *embrión*

Para efectos de este trabajo, cuyo fin escapa a una mayor profundización sobre el punto, nos interesa fijar nuestra postura, sin adentrarnos en todos los argumentos que han sido vertidos a propósito del intenso debate que esta temática ha generado, con el propósito de dar un sustento coherente a nuestras conjeturas en torno a la responsabilidad del profesional médico, para cuyo análisis, como se verá más adelante, es necesario contar con una respuesta a lo que en seguida trataremos.

Por motivos metodológicos, se usará el concepto ‘*embrión*’ incluyendo en él al feto en situación intrauterina, haciendo las distinciones pertinentes hacia el final del apartado donde trataremos la situación del embrión in vitro o extrauterino.

2.1. Regulación relativa al embrión intrauterino

El tratamiento del tema adquiere sentido ante la pregunta de quienes son titulares del derecho a la vida reconocido por nuestra Constitución e instrumentos internacionales suscritos y vigentes.

Como insumo fundamental para dilucidar el estatus del embrión debemos considerar que el derecho a la vida está reconocido únicamente a las personas⁸⁵, por lo que huelga dilucidar quien es reconocido como tal en nuestro ordenamiento.

La Constitución pese a utilizar el concepto ‘persona’ en varias de sus disposiciones, adolece de una definición que clarifique qué debemos entender por tal cada vez que el vocablo es utilizado. Esta ausencia se encuentra, sin embargo, completada en la ley. Así el Código Civil, en menos de una decena de disposiciones, ofrece un concepto que nos permite clarificar el panorama.

Partiendo de la *summa divisio* entre personas naturales y jurídicas⁸⁶, señala el artículo 55 que:

Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros.

Este artículo ha dado pie para que se haya entendido por algunos autores, sobre todo aquellos de vocación confesional, que los conceptos de *humano* y *persona* se encuentran en relación de sinonimia desde un punto de vista normativo, sumándose a los dictámenes de la moral y la religión (*i.e.* todos los humanos son personas y todas las personas son humanos⁸⁷). De este modo, la cuestión se simplifica, al menos para esta vertiente, al tomar como hecho irrefutable que desde el momento en que la unión del espermio con el óvulo forma un cigoto -la *concepción*-

⁸⁵ Cfr. Artículo 19 N°1 Constitución Política de la República.

⁸⁶ Cfr. Artículo 54 Código Civil.

⁸⁷ Bajo este entendimiento subyace una concepción tomista del *hombre*, unidad de alma y cuerpo, que es denominado persona, en tanto se halla sustancialmente completo y dotado de especial dignidad en virtud de su naturaleza racional, por lo que todo hombre es persona. (Cfr. Summa Theologiae., I, q. 76, a. 1, corp. En <http://hcg.com.ar/sumat/a/c76.html>)

se tiene una célula autónoma con identidad genética propia perteneciente a la especie humana, en otras palabras, un «individuo de la especie humana» y, por tanto, de acuerdo a su interpretación del artículo 55, una persona⁸⁸.

De ahí en más, los argumentos esgrimidos siguen un curso lógico aparente que permite dotar de protección constitucional al embrión al poder enmarcarse su figura en la preceptiva del artículo 19 n°1 incisos 1 y 2 CPR. Si el primer inciso asegura a todas las *personas* el derecho a la vida, el segundo «no tiene otro objeto que reafirmar explícitamente el reconocimiento al embrión como persona sujeto de derechos, con la finalidad de evitar dudas interpretativas que pudieran surgir en el futuro»⁸⁹.

Lo anterior basado en que el artículo 1 CPR señala «El Estado está al servicio de la persona humana» y que aquella frase no podría sino estar dirigida a todos los humanos (incluido el embrión) sin distinción, en tanto que la historia y contexto de la disposición «se refiere a la persona como un ser con dignidad anterior a las determinaciones y elaboraciones jurídicas»⁹⁰

Se señala además que existen ciertos derechos que emanan de la naturaleza humana y que son anteriores al Estado, y que no precisan de aquel para ser concedidos ni reconocidos⁹¹, para lo cual citan la letra del inciso 2° del artículo 5 de la CPR. Sin embargo, parecen olvidar que tales derechos emanados de la naturaleza humana protegidos, son aquellos que se encuentran garantizados por la CPR y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y no cualquiera que la entelequia creada por el derecho natural pueda atribuir a la condición humana.

Cómo podrá ya intuirse, no estimamos correcta la postura que concluye la personalidad del embrión, bien por un rechazo a las imposiciones de un credo específico en un Estado laico, bien por la artificiosa deformación de las claras disposiciones atingentes, así como por lo convenientemente acomodaticio de los argumentos esgrimidos.

Compartimos lo dicho por Sierra, en cuanto señala que existe una doctrina distorsionada, propiciada en parte por la lectura incompleta -de manera que nos parece antojadiza- del artículo

⁸⁸ Véase por todos, (Corral 2010)

⁸⁹ (Zapata 1988, 383)

⁹⁰ Corral (2005) y en el mismo sentido Zapata (1988, 382-385)

⁹¹ (Corral 2010, Op.cit.)

55 del CC, ya que se omite la lectura de lo que viene luego del primer punto, esto es, que las personas se dividen en chilenos y extranjeros. De esta manera como sugiere el autor, la definición de persona que un principio parece omnicomprendensiva de toda la humanidad, se torna bastante más limitada⁹².

El libro primero del CC, llamado «De las personas» abre por el Título I llamado «De las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio» el cual comienza con el artículo 54 que divide entre personas naturales y jurídicas; el citado artículo 55; artículo 56 que remite a la CPR, específicamente a su artículo 10, para la determinación de quiénes son chilenos y artículo 58 que vuelve a hacer división en las personas tratándolas como domiciliadas y transeúntes.

Nos preguntamos entonces ¿Era la intención del codificador, en el sobrio artículo 55 y sus cuatro continuadores, dar definición a uno de los conceptos que más dolores de cabeza ha traído a filósofos, teólogos y juristas? Todo parece apuntar hacia la negativa y que más bien la disposición tiene como sentido, si es leída por completo, calificar a la persona en función de su nacionalidad y domicilio⁹³.

Luego, si el artículo 55 es relacionado con su sucesor, que remite al artículo 10 CPR (heredero de la tradición nacida en el artículo 6 de la Constitución de 1833 y continuada en el artículo 5 de la de 1925) se tiene que, son chilenos los nacidos en territorio nacional o en territorio extranjero siempre que cumplan condiciones especialísimas y que «(...) En cualquiera de estas hipótesis, el hecho del nacimiento es esencial. No hay nacionalidad sin nacimiento»⁹⁴

El título II del Libro I del CC, lleva por nombre «Del principio y fin de la existencia de las personas». Este se abre con el párrafo 1 y el artículo 74 cuyo inciso primero reza «La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre».

De entrada, notamos que el objetivo del codificador es bastante más extenso que en el Título I, pues aquí lo que se propone es determinar desde cuándo existe la persona en el ámbito legal y lo hace señalando categóricamente, que existe legalmente la persona desde el nacimiento.

⁹² (Sierra 2017, p. 2)

⁹³ (Ibid., pp. 2-3)

⁹⁴ (Ibid., pp. 3-4)

Así entendido, confluyen armónicamente los artículos 55, 56 y 74 del CC y artículo 10 CPR. Las referencias a la nacionalidad y nacimiento que en ellas se hace, permiten armonizar todo el entramado normativo hasta aquí analizado y se hace posible concluir que «las personas del artículo 74 son las mismas del artículo 55, comparten una sola existencia, pues, como se dividen en chilenos y extranjeros, todas tienen existencia legal a partir del nacimiento⁹⁵» sin tener que recurrir a distinciones artificiosas y lejanas al sentido de la ley que limitan el alcance del artículo 74 del CC y el nacimiento únicamente a la atribución de capacidad patrimonial⁹⁶

A mayor abundamiento, completa el artículo 74 su inciso segundo y cierra el artículo 77 señalando:

Art.74. - La criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera se *reputará* no haber existido jamás. (énfasis agregado)

Art.77. - (...) En el caso del artículo 74 inciso 2º pasarán estos derechos a otras personas, como su la criatura no *hubiese* jamás existido (énfasis agregado)

Como el objetivo del codificador era determinar desde cuándo se es persona a los ojos del derecho, es del todo pertinente y coherente que se haya escrito que aquel que no se separa completamente de su madre -esto es que no nace- o no sobrevive lo suficiente a la separación se *reputará* no haber existido jamás o que utilice el pretérito imperfecto del modo subjuntivo *hubiese*, aun cuando en efecto sí existió un individuo de naturaleza humana en alguno de los posibles estadios de desarrollo antes del alumbramiento, pues para nuestro ordenamiento no basta con pertenecer a la especie humana para ser persona, sino que es condición necesaria, como se ha dicho más arriba, el haber nacido.

Si seguimos analizando el Título II la idea se asienta aún más. Señalan los artículos 75 y 77 del CC

Art.75. - La ley protege la vida *del que está por nacer*. El juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan

⁹⁵ (Ibid., 4-5)

⁹⁶ (Corral 2010, Op. cit.)

convenientes para proteger la existencia del *no nacido*, siempre que crea que de algún modo peligra.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la *criatura que tiene en su seno*, deberá diferirse hasta después del nacimiento (énfasis agregado)

Art.77. - Los derechos que se deferirían a la *criatura que está en el vientre materno* si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2°, pasarán estos derechos a otras *personas*, como si la *criatura*, no hubiese existido jamás. (énfasis agregado)

¿Por qué, si en el título preliminar del CC, donde se definen varias palabras de uso común en la ley, encontramos el artículo 25 señalando que las palabras *hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes* se aplican a *individuos de la especie humana* y luego el artículo 26 definiendo *infante o niño* como todo aquel que no ha cumplido siete años, se empecina el legislador en utilizar términos tales como *el que está por nacer, no nacido o criatura?*, ¿Por qué no utilizó las palabras *niño* o *infante* si es claro que el embrión pertenece a la especie humana y aún no ha cumplido siete años? Estimamos que el legislador utilizó palabras diversas a las definidas en el título preliminar, para evitar caer en imprecisiones lingüísticas que desarmonizaran su obra en este punto, porque cuando delimitó los usos de las palabras en los artículos 25 y 26, no pudo sino estar pensado en aquellos que ya han nacido, esto es, *personas*, a quienes estarán dirigidos los preceptos que el Código establece.

Por otro lado, cabe señalar, para completar el análisis del artículo 77 del CC, que este recurre a una ficción jurídica únicamente con el objeto de velar por los derechos que le corresponderán al nacido, retrotrayendo su adquisición a la época en que fueron diferidos aquellos derechos, pese a que no hubiese aún una persona, con el objeto de evitar problemas en ámbitos tales como filiación, herencias, frutos, entre otros.

Ahora, si analizamos los preceptos constitucionales atingentes, artículo 19 n°1 incisos 1 y 2 CPR, la conclusión no puede ser diversa. El embrión no es persona porque no ha nacido y por

tanto no es titular del derecho a la vida, «La sola existencia del inciso 2° demuestra que el que está por nacer no es titular de derecho⁹⁷»

¿Por qué habría el constituyente separado a las personas del inciso 1° del nasciturus en el inciso 2° si su protección es la misma, es decir, si ambos son titulares del derecho a la vida? ¿Para reforzar una idea de protección y no dejar dudas al respecto? Parece una técnica legislativa poco razonable. La explicación no puede ser sino otra que persona y embrión tienen distinto valor a los ojos del derecho, apreciable por cierto no sólo en las normas del CC sino también en otros cuerpos legales como el Código Penal que al regular el delito de aborto contempla penas mucho más bajas que las del delito de homicidio ¿Es esto inconstitucional? Lo sería si efectivamente el constituyente hubiese considerado que embrión y persona son lo mismo, pero esta diferencia no es más que una muestra de la diferencia de trato que nuestra legislación ha tomado como camino, esto porque «la personalidad es algo adicional al hecho de pertenecer a la especie humana.»⁹⁸ y «cada orden normativo institucional atribuye personalidad de acuerdo a sus propios criterios»⁹⁹ y el criterio escogido ha sido el nacimiento.

Lo confirma también el artículo 1 de la CPR que señala que «Las personas *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos» (énfasis agregado) y cuyo sentido ha sido recientemente delimitado por el Tribunal Constitucional, a propósito de la sentencia recaída en Rol 3729-17 propiciada por el requerimiento presentado por un grupo de senadores y diputados a propósito de la aprobación del proyecto de ley que despenaliza la interrupción del embarazo en tres causales. Señala el considerando sexagésimo octavo de la sentencia que «la Constitución también construye su concepto de persona a partir del nacimiento»

Esta misma sentencia contiene varias conclusiones que aportan a lo hasta ahora dicho. Como muestra algunos considerandos.

SEPTUAGÉSIMO. Para la Constitución, en efecto, *el nacimiento no es un hecho jurídico menor*. Desde luego, la Constitución la usa para definir la nacionalidad, al distinguir entre los nacidos "en el territorio de Chile" y los nacidos "en territorio extranjero" (artículo 10 N° 1 y 2). Enseguida, la usa para establecer la ciudadanía. Conforme al artículo 13 de la

⁹⁷ (Figueroa 2007, 121)

⁹⁸ (Morales 2018, p. 363)

⁹⁹ (Ibid.)

Constitución, para ser ciudadano, hay que ser chileno. Asimismo, la Constitución lo utiliza para establecer el requisito de la edad. Este lo establece la Constitución para dos efectos. De un lado, para la ciudadanía. Se requiere 18 años de edad para ello (artículo 13). Del otro, para ocupar cargos públicos. Así, para ser Presidente de la República se requiere tener 35 años (artículo 25); para ser diputado, 21 (artículo 48); para ser senador, 35 (artículo 50); para ser Fiscal Nacional, 40 años (artículo 83); para ser contralor, se requieren 40 años (artículo 98). *Finalmente, la utiliza para establecer la condición de persona (artículo 1° inciso primero) (énfasis agregado)*

SEPTUAGESIMOSEXTO. Que un segundo argumento para sostener que el que está por nacer no es persona, la da el propio artículo 19 N°1 de la Constitución. Este parte por señalar que la Constitución asegura a todas "las personas". Es a estas a quienes les reconoce derechos. Luego, el inciso primero del artículo 19 N°1, garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y síquica a "la persona". Sin embargo, el inciso segundo ya no emplea la expresión "persona". Habla "del que está por nacer". Tal como se dijo en estrados por el abogado del Ejecutivo, si la Constitución hubiera querido asimilar el que está por nacer a persona, no habría empleado la proposición "del", sino que "de la" que está por nacer.

SEPTUAGESIMOSÉPTIMO. Que un tercer argumento, es que el resto de los numerales del artículo 19, *razonan sobre la base de que la persona está nacida o tiene una edad determinada.* Por lo mismo, no es un mero error de redacción. Por ejemplo, el no nacido no puede ser imputado de delito. Por eso el artículo 19 N°3 inciso cuarto, habla de "toda persona imputada de delito". Asimismo, las personas tienen derecho a la honra y respeto y protección a la vida privada (artículo 19 N° 4). Del mismo modo, el artículo 7 toda persona de residir y permanecer en cualquier lugar de la República y de trasladarse a uno o a otro y a entrar o salir de su territorio. Eso no puede realizar el no nacido. También, no puede ejercer el derecho a elegir un sistema de salud (artículo 19 N° 9), ni el derecho a la educación (artículo 19 N° 10), ni a la libre contratación en materia laboral (artículo 19 N° 16), etc. **El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos. Como se infiere de lo anterior, la forma correcta de interpretar la Constitución no es alterar una interpretación sistemática ni subordinar el resto de los conceptos constitucionales para dar cabida al nasciturus forzando su incorporación en categorías conceptuales no diseñadas para él** (el destacado es nuestro)

¿Significa lo dicho hasta aquí que el embrión se encuentra totalmente desprotegido en nuestro ordenamiento? Claramente no es así, pero debe distinguirse entre la vida como hecho biológico

que el legislador debe propender a proteger y el derecho a la vida que el constituyente asegura a las personas. El nasciturus es un bien jurídico de importancia digno de protección. Sin embargo, como sólo se trata de una protección a nivel legal, esta debe tener como consideración siempre el derecho a la vida de aquellos que sí son titulares de aquel

No podemos cerrar este punto sin hacer una breve referencia al fallo expedido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), «Artavia Murillo», por la especial trascendencia de lo dicho, en relación al estatuto del embrión, para nuestro país al haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en agosto de 1990. Atenderemos únicamente a lo relativo al artículo 4.1 de la CADH.

Artículo 4.1. - Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la Ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Este artículo ha significado que aquellos que identifican al embrión como titular del derecho a la vida hayan señalado que no sólo en virtud de la normativa interna debe asegurarse su derecho, sino que también en virtud de este instrumento internacional. La razón es evidente, parece señalar la Convención que el derecho a la vida se encuentra protegido desde la concepción.

Sin embargo ¿qué hay de la frase «en general»? Precisamente aquí es donde el fallo reviste especial importancia para nosotros.

La Comisión Interamericana de Derechos Humana anteriormente había señalado (caso «Baby boy» 1981) que la expresión «en general» se introdujo a la redacción final con el objetivo de permitir la ratificación de la CADH por parte de aquellos países que ya contaban con regulación que permitía la interrupción del embarazo¹⁰⁰ (por ejemplo, Argentina). Luego, años más tarde, la CIDH en «Artavia Murillo» señala en el párrafo 263 del fallo:

La Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho

¹⁰⁰ Véase párrafos 201 a 221 Sentencia caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf accedido en 7 de agosto 2019.

objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos

Y luego en el párrafo 264:

(...) es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

Esto es completamente coherente con el estatus que la CIDH entiende otorgado al embrión por la CADH. Señalan los párrafos 222 y 223 de la sentencia.

222. - La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. *Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos.* Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que *el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada*, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales. (énfasis agregado)

223. - Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, *confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.* (énfasis agregado)

La Corte, en un extenso análisis ajustado a derecho, ha concluido lo que ya habíamos adelantado, el embrión no es la clase de ser que tenga derecho a la vida y pese a que el dictamen haya generado desaprobación en el sector más conservador de la doctrina nacional, tal fallo, quiérase o no, ha afectado las obligaciones de los Estados miembros en relación a la regulación del acceso a la interrupción del embarazo y las técnicas de reproducción asistida.

2.2. Situación relativa al embrión extrauterino (preimplantacional y/o in vitro)

La posición en la que se encuentra el embrión extrauterino es mucho más compleja que la del embrión intrauterino o ya implantado. Su situación es de total incertidumbre en el ordenamiento jurídico nacional en ausencia de una regulación específica que se haga cargo de las nuevas posibilidades que la ciencia reproductiva ha puesto frente a nosotros.

Dígase que es evidente que los embriones extrauterinos no tienen aún existencia legal (v.gr. art.74 CC), y por las palabras usadas por la ley debe sin más concluirse que no es posible considerarlos como *el que está por nacer* o como una *criatura que (la madre) tiene en su seno* (art.75 CC) o bien como la *criatura que está en el vientre materno* (art.77 CC). Por tanto, fuerza concluir que no caben siquiera dentro del ámbito de protección que tanto en el Código Civil (art.75) ni en la Constitución (art.19 N°1 inc.2°) se le confiere al nasciturus.

Si no es persona titular del derecho a la vida ni es nasciturus ¿podrá concluirse que pertenece al mundo de las cosas? Si así se considera, estaríamos frente a una cosa corporal (art.565 CC), mueble (art.566 CC) por naturaleza (art.567 CC) sobre la cual podría llegar a constituirse un derecho real de dominio (arts. 577 y 582 CC). En esta misma línea de análisis, nada obstaría a que los embriones extrauterinos fuesen objeto de un contrato de compraventa (ni enajenados mediando otras figuras contractuales) ya que del análisis de los artículos 1810 y 1464 CC no resulta posible entender su enajenación como prohibida por ley ni configurando algún caso de objeto ilícito.¹⁰¹

Podría sin embargo señalarse que esta lectura es errada en virtud de tres normas, situadas en dos cuerpos normativos distintos que, a priori, parecen regular la situación del embrión extrauterino, por un lado, otorgándole protección y por otro limitando su enajenación. Hablamos del artículo 1 de la Ley 20.120 Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la

¹⁰¹ No obstante, podría decirse que siendo el embrión extrauterino un ser perteneciente a la especie humana podría haber objeto ilícito en su enajenación, de acuerdo a la hipótesis 1° del art.1464 del CC. Sin embargo esto requiere un mayor análisis, primero porque el artículo habla de «cosas que no están el comercio» lo que forzaría aún incluso a aquellos autores de corriente conservadora a tener que distinguir entre si este está implantado o no para determinar su naturaleza y por las implicancias que esta conclusión podría tener, por ejemplo, para la donación de embriones, práctica muy extendida y mediante la cual se ha permitido la posibilidad de ser madre o padre a miles de personas afectadas por la infertilidad.

clonación humana junto a los artículos 15 y 17 del Decreto N° 240 de 1983 Reglamento del Libro noveno del Código Sanitario. Señalan:

Artículo 1 Ley 20.120.- Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el *momento de la concepción*, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas. (énfasis agregado)

Artículo 15 Reglamento Libro IX Código Sanitario. - Serán nulos y de ningún valor los actos o contratos que a título oneroso contengan la promesa o entrega de un órgano, tejido o parte del cuerpo humano para efectuar un trasplante.

Artículo 17 Reglamento Libro IX Código Sanitario. - Las disposiciones de este reglamento no se aplicarán a las donaciones de espermios, óvulos, sangre, médula ósea, huesos, piel, fanereos, así como a todo *producto de la concepción que no llegue a nacer vivo*, todas las cuales se perfeccionarán por la sola voluntad del donante, manifestada sin formalidad alguna (énfasis agregado)

Estimamos, no obstante que, pese a lo categórico de las afirmaciones contenidas en las normas transcriptas, es posible reconducir su entendimiento a la problemática que ha sido materia de todo este subcapítulo. Lo anterior porque para entender su alcance es necesario clarificar qué se entiende por *concepción* y desde cuándo se entiende que comienza la protección que el constituyente ordena al legislador proporcionar *al que está por nacer*.

En cuanto a la primera de las normas citadas, no puede ser delimitado su alcance sin considerar que esta se enmarca dentro de un entramado de disposiciones entre las cuales es al menos deseable que exista coherencia y armonía, por lo que su lectura no puede ser desligada de los preceptos constitucionales y legales que operan en la materia. Así, estimamos que el artículo 1, al señalar que la finalidad de la ley es proteger la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción no puede ser entendido sino como que protege la vida desde que esta se encuentra dentro del vientre materno. Entenderlo de otra manera sería ir más allá de lo que el constituyente ha dispuesto en el artículo 19 n°1 incisos 1 y 2 de la CPR y de lo que los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile disponen. A propósito del comentado fallo «Artavia Murillo», podemos encontrar mayor respaldo a lo afirmado. Señala en el párrafo 264 de la sentencia que:

«Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 *tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención*» (énfasis agregado)

Antes de referirnos a los dos artículos transcritos restantes, cabe adelantar que no sólo una interpretación como la hecha avala nuestra postura, sino que también, como se verá en el subcapítulo siguiente, el alcance de las disposiciones de la Ley N° 20.120 es mucho más acotado de lo que se ha pretendido.

Breves comentarios merecen los artículos 15 y 17 pertenecientes al Reglamento del Libro IX del Código Sanitario. Basta una lectura detenida de su redacción para concluir que no aplican al embrión extrauterino. En efecto, habla el artículo 17 de *todo producto de la concepción que no llegue a nacer vivo*, al cual no hace más que aplicar el régimen general de enajenaciones de cosas muebles. Esto es así pues es claro que la norma se refiere a los nacimientos fallidos, esto es, a aquellas lamentables situaciones donde se alumbró a una criatura muerta, que a los ojos del Código Civil no está dotada de personalidad, y debe reputarse no haber existido jamás, por lo que no perteneciendo ni al mundo de las personas ni de los nasciturus, su régimen aplicable es el de las cosas y en este caso muebles por naturaleza cuya enajenación no tiene más formalidades que la existencia de un título y un modo de adquirir.

Pese a lo expuesto aquello no significa un desprecio por la condición humana que detenta el embrión extrauterino, pues pese a que no es persona ni sujeto de derechos, no es controversial que su trato no ha de ser el mismo que merece cualquier otro grupo de células u objeto¹⁰² y que por tanto debe reconocerse como vida humana que «llegará a ser persona si su desarrollo continúa.»¹⁰³. Si aceptamos el especial valor que le confiere el hecho de ser una vida humana, resulta razonable concluir entonces que ante el embrión extrauterino existen ciertos deberes de protección cuyo contenido se expresan mediante fórmulas expuestas por los principios bioéticos de no maleficencia y justicia¹⁰⁴ y cuyas pautas deben seguir profesionales de la salud bien por imperativos morales dados por el juramento hipocrático, bien por temor a que su conducta pueda

¹⁰² (Beca et al. 2014, 906)

¹⁰³ (Ibid.)

¹⁰⁴ (Ibid.)

ser considerada como contraria a los designios de la *lex artis* y, como tal, los haga responsable de resultados dañosos.

Considerar al embrión extrauterino como cosa puede resultar aberrante, pero estimamos que no es posible una conclusión diversa frente a la realidad de nuestro ordenamiento jurídico. Por esto, consideramos que urge el tratamiento del tema por vía legislativa con el objeto de regular de manera correcta y clara las posibilidades de acción de la ciencia investigativa y médica sobre los embriones extrauterinos, los cuales, pese a no estar dotados de personalidad, insistimos, pertenecen a la especie humana y su tratamiento no puede quedar entregado al régimen común de las cosas dispuesto en el Código Civil.

Creemos acertada la vía seguida por la legislación española a través de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, que ha regulado plenamente los contratos de donación de gametos y preembriones (artículo 5), criopreservación y otras prácticas usuales en las terapias de reproducción asistida (artículos 11 a 13), investigación con gametos y preembriones humanos (artículos 14 a 16) y sanciones asociadas a las infracciones a partir de los artículos 24 a 27.¹⁰⁵

3. Regulación relativa a la investigación genética: Ley N°20.120 (2006), “Sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma y Prohíbe la Clonación Humana” y Decreto N°114 que Aprueba el Reglamento de la Ley 20.120.

El día 5 de Julio de 1996 nace la oveja Dolly, siendo el primer mamífero en ser clonado a partir de una célula adulta, volviéndose rápidamente una celebridad a lo largo del mundo. A su vez, el Proyecto Genoma Humano, comenzado en 1990, avanzaba a pasos agigantados, habiéndose ya dado a conocer públicamente en 1995 el descubrimiento de la secuencia nucleotídica del primer organismo completo publicado, la bacteria *Haemophilus influenzae*.

¹⁰⁵ Véase Ley 14/2006 disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con> (consultado 8 de agosto de 2019)

Dichos avances generaron oleadas de emoción y expectación, tanto entre los científicos como en el resto de la población, multiplicándose los vaticinios sobre un futuro cercano dónde se obtendrían órganos completos a partir de una célula, se clonarían humanos y renacerían los muertos. Pero, así como engendró la esperanza, también surgió el miedo de que un desarrollo sin restricciones de este tipo de investigación pudiese llevar a la humanidad a los escenarios más macabros dignos de novelas *sci-fi*.

Veintitrés años han transcurrido desde el nacimiento de la oveja Dolly y ninguna catástrofe ha sucedido. No encontramos laboratorios repletos de proyectos de humanos fallidos, ni a clones criados para donar sus órganos, ni humanos sintéticos de segunda categoría, ni suficientes órganos para los trasplantes, ni curas milagrosas, ni han vuelto los hijos perdidos. Se ha señalado que

La clonación de una persona sigue siendo inviable, sin beneficio científico y con un nivel de riesgo inaceptable, dicen varios científicos. La mayoría no sabe de nadie que esté si siquiera considerando la hazaña. Y la clonación de animales sigue siendo limitada –aunque probablemente esté creciendo¹⁰⁶.

De gran influencia han sido los postulados bioéticos que, en constante desarrollo y masificación, han permeado no sólo el trabajo de investigadores sino también han sido recepcionados por el derecho internacional y las diversas legislaciones internas.

Chile no ha quedado al margen. En marzo de 1997, a tan sólo 8 meses del nacimiento de la célebre oveja, se presenta por los Senadores Ruiz-Esquide, Díaz, Hamilton, Páez y Zaldívar la moción que daría paso a la ley 20.120 “Sobre investigación científica en ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana”.

Ahora bien, hecha esta introducción sobre el contexto dentro del cual se inicia la tramitación de la Ley 20.120 ¿Qué relación puede guardar una reglamentación que nace para evitar que los adelantos en el estudio del genoma humano y en la clonación se traduzcan en experimentaciones aberrantes, con la responsabilidad de la que se pueda responder producto de la aplicación de TRHA? En la opinión que defenderemos en este trabajo, ninguna. Sin embargo, nos vemos en

¹⁰⁶ (Weintraub 2016)

la obligación de contrastar ciertas opiniones que, basadas en la citada ley, han afirmado prohibidos ciertos exámenes genéticos connaturales a las TRHA.

Primero nos referiremos a ciertos artículos de ley que han sido causa de la controversia, para luego cerrar el punto analizando su campo de aplicación.

3.1. ¿Nuevo límite?

Habiéndose ya hecho mención al artículo 1º en el acápite anterior, y en directa relación con el tema que allí se trata (i.e. estatuto del embrión), haremos una somera revisión del artículo 6º. Ello con el objeto de aclarar cualquier duda acerca de los límites de la protección constitucional que a causa de esta norma pudiere acechar al lector.

Artículo 6º. - El cultivo de tejidos y órganos solo procederá con fines diagnósticos, terapéuticos o de investigación científica. *En ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos* (el énfasis es nuestro).

Estimamos que este artículo no contraviene lo dicho sobre la protección legal otorgada al embrión, que como se ha señalado sólo se otorga a partir de la concepción (i.e. luego de la implantación en el útero). Lo anterior pues de la redacción de la norma es posible inferir que no se prohíbe absolutamente la destrucción de embriones, sino que tan sólo se impide que aquella tenga por fin la obtención de células troncales que den origen a tejidos y órganos (nada se dice de la destrucción de embriones para la obtención de células somáticas). Por tanto, lo que la norma busca prohibir es la clonación humana y no la destrucción del embrión.

Dicha interpretación guarda perfecta consonancia con las normas constitucionales, del Código Civil y el objeto de la presente ley.

3.2. La supuesta prohibición a los exámenes genéticos relacionados con TRHA

Señala el artículo 3° de la ley «Prohíbese toda práctica eugenésica, salvo la consejería genética.»

A él se agrega el Decreto N°114 que dicta lo que debe entenderse por eugenesia y consejería genética. Este define eugenesia como «la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana» y consejería genética como la «orientación entregada por un profesional de la salud a individuos con un riesgo aumentado a tener descendencia con trastorno genético específico, incluyendo entrega de información respecto de la probabilidad de tener descendencia con la enfermedad de que se trate».

La prohibición que establece el citado artículo ha sido redactada en términos lo suficientemente amplios como para dar espacio a equívocos en su interpretación. Así, han sido varios los académicos que han querido ver en ella una condena a todo examen genético que tenga por objeto controlar ciertos factores de la herencia, pretendiendo añadir a la regulación chilena al escaso listado de países que niegan absolutamente el DGP¹⁰⁷ y otros exámenes similares.

La autora Ángela Vivanco ha dicho que la letra de esta norma afectaría entre otras cosas, a los exámenes genéticos realizados con motivo de la reproducción, ya preconcepcionales, preimplantacionales y aun prenatales, pues podrían tener fines eugenésicos. La autora estima eugenésicas estas técnicas, tanto cuando buscan evitar la transmisión de enfermedades a la descendencia -eugenesia negativa-, como cuando posibilite la selección de gametos o cigotos exentos de anomalías¹⁰⁸ como la de aquellos portadores de características deseadas – identificándola como eugenesia positiva-.¹⁰⁹

Creemos que dicha postura es errada por varias razones. La primera de ellas es que cualquiera sea el tipo de examen y el diagnóstico que se haga con sus resultados, por sí solos mal pueden ser considerados como técnicas eugenésicas. Sólo las decisiones que se tomen sobre la base de la interpretación de los resultados obtenidos y su ejecución podrían revestir eventualmente

¹⁰⁷ (Malamud 2013, 129)

¹⁰⁸ Evidenciamos una confusión entre ambos tipos de eugenesia al estimar que la selección de cigotos exentos de anomalías importa una práctica eugenésica positiva en circunstancias que ese tipo de selección es evidentemente de tipo terapéutico y por tanto de eugenesia negativa.

¹⁰⁹ (Vivanco 2006, 160)

caracteres eugenésicos de una u otra clase. El punto es que, si la autora estuviese en lo cierto, en lo tocante a la prohibición absoluta de la eugenesia, lo que debería estimarse prohibido es el acto de selección o perfeccionamiento génico y no los exámenes o diagnósticos.

Comprensible es que técnicas como el diagnóstico genético preimplantacional, y en general cualquiera que permita el conocimiento de la herencia genética, traigan aparejados dilemas éticos, pues consecuencia obvia de su uso es la posterior selección de embriones. Sin embargo, no podemos caer en el reduccionismo miope, y pretender que el DGP y otros similares, siempre aparejen inherentemente prácticas de tipo eugenésico. Así, es posible evidenciar su uso para prácticas que difícilmente puedan revestir tales caracteres, como en aquellas oportunidades donde el DGP es utilizado para una mayor eficacia¹¹⁰ en la aplicación de las TRHA evitando proceder al uso de aquellos embriones identificados como sin posibilidades de llegar a implantarse o aquellos con altas probabilidades de morir en etapas tempranas de embarazo, permitiendo evitar a los padres la angustia de los consecutivos ciclos fracasados, de abortos espontáneos, el peligro de embarazos múltiples y por qué no decirlo, un mayor costo económico.

Por otro lado, parece completamente irracional concluir que hay eugenesia incluso en los diagnósticos prenatales¹¹¹, aún más en un país donde la opción de interrumpir el embarazo libremente se halla vetada. Entenderlo así niega a los futuros padres el legítimo interés de informarse acerca de la salud del hijo¹¹², y por otro, tornaría virtualmente inaplicable la causal de interrupción del embarazo por inviabilidad fetal.¹¹³

Luego, aun en los casos en que los exámenes genéticos sí tienen por finalidad una posterior selección de embriones que pueda ser tildada como técnica eugenésica, consideramos que existen razones de peso para limitar el alcance de la prohibición del artículo 3° a tan sólo los actos que impliquen eugenesia positiva. En lo que sigue nos referiremos a ellas.

¹¹⁰ El DGP es recomendado, entre otros motivos, luego de varios ciclos de FIV fracasados.

¹¹¹ (Vivanco, op.cit.)

¹¹² Muchas enfermedades que afectan al feto no son susceptibles de identificarse fácilmente mediante otros exámenes, como las ecografías. Como veremos más adelante, el shock emocional de esperar un niño sano y que aquel venga afectado por grave enfermedad puede significar un daño incuantificable a los padres evitable en parte con un conocimiento previo de la anomalía.

¹¹³ Art. 119 N°2 del Código Sanitario, modificado por la Ley 21.030.

a) *La eugenesia.*

No deja de ser cierto que el artículo 3° de la ley se refiere a la eugenesia sin hacer distinciones, de lo que podría colegirse que se extiende tanto a la eugenesia positiva como la negativa.

Sin embargo, la intención del legislador no fue prohibir toda práctica calificable como eugenésica. Tanto es así que cuando fue presentado al Senado el proyecto de la ley, el artículo en comento inmediatamente después de la prohibición permitía de hecho «la modificación de características genéticas humanas que incidan en la herencia en los casos y en la forma previstos por la ley»¹¹⁴. Esto es, en otras palabras, terapia génica en células germinales, una técnica que sin lugar a duda puede ser calificada como eugenésica.

Además, podemos encontrar en la historia de la dictación de la ley variados diálogos que dan luces acerca de la forma acotada en la que el legislador comprendía el término eugenesia. De este modo, frente a la indicación del ejecutivo en que se solicitaba se puntualizara que la prohibición a la eugenesia se limitaba a la «manipulación del material genético con fines positivos», Mariano Ruiz-Esquide, uno de los autores de la moción, aclara que el fin de la norma es «evitar que el mejoramiento de la raza humana pudiera llegar a prácticas aberrantes, interviniendo los genes de manera de cambiar profundamente la naturaleza del ser humano»¹¹⁵.

Durante la tramitación, ante indicación de la cámara de diputados que modificaba el artículo 3°, aclara Viera-Gallo -miembro de la comisión de salud -antes de que se rechazara la modificación:

La cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, aprobó una norma que confunde ambas materias, al entender como práctica eugenésica “cualquier especie de intervención sobre el genoma cuyo propósito sea modificarlo hereditariamente”. Indicó que ello es un error, porque, a modo de ejemplo, en una intervención para *evitar que se transmita una enfermedad hereditaria, no se incurre en una práctica eugenésica, sino que es una terapia* (El énfasis es nuestro)¹¹⁶.

Descartaba así que la terapia génica terapéutica se encontrara prohibida por la norma.

¹¹⁴ (Historia de la ley N° 20.120, 49)

¹¹⁵ (Ibid., 235)

¹¹⁶ (Ibid., 377)

Hacia el final de la discusión parlamentaria, se señala con toda claridad qué entiende el Senado por eugenesia.

Entendemos la eugenesia como la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al **perfeccionamiento de la especie humana**. Nos parece importante prohibirla, **cuando ese sea su objetivo**, porque pudiera permitir a los científicos manipular a los seres humanos para que todos tuvieran las mismas características o para privilegiar algunas determinadas¹¹⁷ (el destacado es nuestro).

En síntesis, de las intervenciones que se dieron durante la discusión de la ley 20.120 no se concluye en ningún momento un ánimo de proscribir aquellas prácticas que puedan ser calificadas como eugenesia negativa, vale decir, las que tienen por objeto prevenir la expresión de enfermedades y que deben ser entendidas como terapia. Mucho menos aquellos exámenes genéticos que permiten tomar precauciones y llevar a cabo los tratamientos pertinentes.

Por último, en cuanto a la redacción definitiva de la norma, la historia de la ley permite explicar también que finalmente se optara por añadir «salvo la consejería genética». He aquí la razón.

Senador Viera Gallo. - Algunos entienden, en el lenguaje más técnico, que podría tratarse (la consejería genética) de una práctica eugenésica, pues sostienen que se debería tener hijos “a ciegas”. La eugenesia consistiría en procurar que ciertos hijos nazcan y otros no. Por eso, como muchos la consideran eugenesia y atendiendo a que se efectúa habitualmente hace años, se señala la excepción.

Presidente. - Es decir, *no está dentro del espíritu de la eugenesia*. (énfasis agregado)

Senador Viera Gallo. - Así es.¹¹⁸

Por tanto, la excepción introducida -mediante una deficiente técnica legislativa- no tenía por objeto señalar a la consejería genética como una única salvedad dentro de la eugenesia, sino aclarar que dicha práctica no se encontraba prohibida, precisamente porque no es eugenesia. Un buen entendimiento de la norma elimina la necesidad de la referencia

¹¹⁷ (Ibid., 465)

¹¹⁸ (Ibid., 463)

b) El campo de aplicación de la ley

El artículo 1° de la ley 20.120 señala que su objeto se fija en «relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas». Clarifica, la letra a) del artículo 8° de su reglamento al definir *investigación científica médica* como,

toda investigación que implique una intervención física o psíquica o interacción con seres humanos, con el objetivo de mejorar la prevención, diagnóstico, tratamiento, manejo y rehabilitación de la salud de las personas o de incrementar el conocimiento biológico del ser humano

Ya desde su título, y de la letra del articulado, aparece claramente que el objeto de la ley es, aunque parezca obvio y reiterativo, regular la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohibir la clonación humana. Solo reafirma ello el que, como señalábamos en la introducción del presente acápite, la tramitación de la ley se inicia en el contexto y en respuesta al avance del conocimiento científico en virtud del proyecto genoma humano y a los exitosos experimentos de clonación en mamíferos.

Por si fuera poco, la intención del legislador de que las normas de la ley 20.120 no se extendieran a las TRHA y sus técnicas conexas quedó expresamente registrada en la historia de la ley cuando hacia el final de la discusión parlamentaria se presentó un veto por parte del ejecutivo al artículo 1° de la ley. La razón fue la inclusión de las palabras «desde la concepción» por parte de la cámara de diputados, pues el ejecutivo y algunos parlamentarios temían, pudiere aquella frase dar pie a que jueces declararan ilegales las prácticas actuales en torno a la reproducción asistida y a los métodos de prevención del embarazo. He aquí algunos extractos de los registros:

Senadora Matthei. - Me parece que el texto aprobado por el Congreso Nacional en el proyecto de ley sobre investigación científica en el ser humano es mucho más acotado que el de la Convención Americana, pues protege, desde el momento de la concepción la vida de los seres humanos en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas. (...) Repito: El método de la T de cobre no es parte de ninguna

investigación científica biomédica. Y la reproducción asistida es una técnica que igual se aplica aquí desde hace largo tiempo. Tampoco es parte de la investigación científica.¹¹⁹

Ministra Barría. - Entendemos, en todo caso, que no ha estado en el espíritu del legislador y no es materia de la ley en proyecto poner restricción alguna a la fertilización asistida o a mecanismos de anticoncepción, tal como se manifestó en forma unánime en la Comisión de Salud de esta Alta Cámara cuando se discutió el veto.¹²⁰

Senador Ruiz-Esquide. - Por otra parte, nunca expusimos ni surgió en el debate un solo punto en que se pusiera en duda la fertilización asistida o la anticoncepción. (...) creo que la mejor forma de resolver el tema es declarar la inadmisibilidad del veto y discutir pronto – ojalá el Gobierno le diera urgencia- al proyecto sobre reproducción humana asistida, con el objeto específico de despejar el temor que pudieran sentir algunos señores senadores.¹²¹

Senador Espina. - Nunca, en ninguna de las sesiones, se analizó la reproducción asistida. Por lo tanto, las normas de este proyecto no pueden afectarla, pues ella no está regulada en nuestro país. Y al no estarlo, se presta para cualquier tipo de uso, sea positivo o eventualmente negativo.¹²²

Senador Longueira. - Creo que el inciso primero del artículo 1° de ningún modo se puede interpretar como un impedimento para la práctica, extendida en nuestro país desde hace décadas, de mecanismos de anticoncepción, como tampoco para la reproducción asistida, que data de menos años. Ello no es investigación. La iniciativa es muy clara y dicha norma se refiere exclusivamente a cómo se respetarán la vida de los seres humanos y su diversidad e identidad genética en la investigación científica.¹²³

c) El principio de legalidad penal

Aun si se persistiese en entender el artículo 3° de la ley como una prohibición a la eugenesia en toda su extensión, y además se insistiere en considerar a los exámenes genéticos preconceptivos,

¹¹⁹ (Ibid., intervención de Senadora Mathei, 531-532)

¹²⁰ (Ibid., intervención de Ministra de Salud Barría, 533)

¹²¹ (Ibid., intervención de Senador Ruiz Esquide, 535-537)

¹²² (Ibid., intervención de Senador Espina, 539)

¹²³ (Ibid., intervención de Senador Longueira, 552-553)

preimplantacionales y prenatales como parte de la investigación científica biomédica que esta regula, encontramos que subsiste otro obstáculo que reafirma nuestra postura. La persistencia obligaría a penar a centros y profesionales en virtud de las sanciones que la misma ley contempla,¹²⁴ lo que creemos sería abiertamente inconstitucional.

La sanción para el caso de contravención al artículo 3° es la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión mientras dure la condena e inhabilitación perpetua en caso de reincidencia.

Así, una interpretación a tal grado extensiva de la ley sobre investigación genética lesionaría el principio de legalidad penal, infringiendo el artículo 19 N°3 CPR en tanto señala que «Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella». En atención a este principio, toda conducta que se sancione debe encontrarse claramente descrita en la ley, encontrándose el núcleo esencial de la conducta que se sanciona expresa y perfectamente definido.¹²⁵

Creemos que una formula tan amplia como la utilizada por el artículo 3° no satisface ni siquiera mínimamente estos requisitos, cada vez que las conductas que puedan ser tenidas como tal en el marco de las TRHA son diversas y dejan amplio margen a la apreciación del intérprete abriendo la puerta a sancionar a centros y profesionales sanitarios en virtud de particulares concepciones sobre la materia.

4. Síntesis: Insuficiencia normativa

Del análisis en los puntos anteriores es posible evidenciar la insuficiencia de la creación legislativa con miras a responder ciertos problemas de responsabilidad que la aplicación de las técnicas de reproducción asistida pueda acarrear. Es cierto que contamos con normas «ancla»

¹²⁴ Artículo 17 Ley N°20.120

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 24 al requerimiento de la Junta de Gobierno para que el tribunal resuelva cuestiones de constitucionalidad sobre el proyecto de ley que sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes y deroga la ley N° 17.934. Disponible en https://www.camara.cl/camara/camara_tc3.aspx?prmART=19&prmROL=24&prmIDA=995 (consultado el 5 de agosto de 2019)

que permiten orientar el actuar de los profesionales de la salud en ciertos ámbitos (v.gr. estatuto del embrión y ley N° 20.120) pero el alcance de estas es acotado y obliga al operador jurídico a recurrir a otras parcelas normativas para llenar el vacío.

Estimamos que en el estado actual de abulia legislativa, el único camino restante es recurrir a normas de responsabilidad civil en su vertiente de responsabilidad médica las cuales nos permitirán construir de manera plausible, luego de un proceso interpretativo complejo, las reglas a las que deben sujetarse los profesionales de la salud en su actuar, recurriendo a las disposiciones contractuales, *lex artis*, el contenido imperativo introducido por el legislador y la naturaleza de las obligaciones contraídas por los facultativos intervinientes.

Capítulo III

«Análisis de la normativa relativa a TRHA y la problemática de la responsabilidad asociada al inicio de la vida a través de acciones de wrongful birth y wrongful life: Derecho comparado»

1. Análisis de normativa extranjera sobre TRHA

El panorama regulatorio de las TRHA es profundamente diferente en el continente americano y el europeo. Así mientras en Europa se aprecia la existencia de legislaciones específicas que regulan, en mayor o menor medida, las TRHA, la realidad latinoamericana demuestra que en su mayoría no existe normativa que regule de forma concreta la práctica, contándose únicamente con los principios establecidos en las diversas cartas constitucionales o bien con reglas insertas en códigos civiles o penales¹²⁶ que no ofrecen soluciones integrales a los diversos problemas que pueden presentarse en el ejercicio de estas técnicas.

A continuación, pasaremos breve revista de las realidades normativas más paradigmáticas en la materia con especial énfasis en aquellos puntos de mayor relación con el tema de este trabajo, partiendo por el caso de Estados Unidos – dada su singularidad y la masividad de causas judiciales de importancia para este trabajo- seguido de los casos de España, Italia y Alemania (ordenados según su mayor o menor grado de restricción) y la situación mayoritaria de América Latina.

¹²⁶ (Cano y Esparza 2018, 26)

1.1 Estados Unidos

Estados Unidos no cuenta con legislación a nivel nacional similar a la existente en países europeos, apreciándose una intervención legislativa en materia de gestación por subrogación y sólo en algunos Estados una regulación completa de las TRHA¹²⁷. Sin embargo, pese a la mayoritaria ausencia de normativas específicas, según datos de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva (ASMR, por sus siglas en inglés) las técnicas de reproducción asistida son uno de los sectores de la práctica médica más regulados en el país¹²⁸. En efecto, la seguridad en medicina reproductiva se encuentra garantizada por una combinación de regulación federal, estatal y autorregulación profesional.¹²⁹

A nivel federal existen tres agencias que regulan las TRHA, estableciendo estándares clínicos para las pruebas aplicables a los usuarios de tecnología procreativa¹³⁰. Los *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC) por mandato de la *Fertility Clinic Success Rate and Certification Act* (FCSRCA) de 1992 reportan anualmente datos de clínicas, a nivel nacional, sobre los procedimientos de fertilización asistida y sus tasas de éxito con miras a afianzar la calidad y responsabilidad de los programas de fertilización. Por otro lado y también como consecuencia de la FCSRCA, los CDC publicaron, en 1999, requisitos para la certificación de los laboratorios de embriología, entre los que se incluyen requisitos de administración y programas continuos de certificación – responsabilidad de cada Estado-, estándares de control de calidad, sistemas de inspección y las condiciones por las cuales la certificación puede ser suspendida o revocada.¹³¹

La *Food and Drug Administration* (FDA) es la responsable de garantizar la seguridad y eficacia de remedios, productos biológicos y dispositivos médicos. Los médicos participantes de las TRHA, sólo pueden prescribir medicamentos aprobados por esta agencia estatal. La FDA, también tiene jurisdicción sobre el cribado y testeo de tejidos reproductivos, tales como los óvulos y espermias que serán utilizados en humanos como parte del tratamiento reproductivo, por lo que ha dispuesto regulación estricta acerca de los requerimientos donantes de óvulos y

¹²⁷ (Vidal Martínez s.f.)

¹²⁸ (ASMR 2010)

¹²⁹ (Ibid.)

¹³⁰ (Vidal Martínez, Op.cit.)

¹³¹ (ASMR, Op.cit.)

esperma donde se incluye su historial médico, controles exhaustivos de identificación, existencia de enfermedades infecciosas transmisibles y rigurosas inspecciones a los establecimientos donde estos tejidos son manejados.¹³²

Por último, los *Centers for Medicare and Medicaid Services* (CMS) se encargan de regular los test diagnósticos en humanos utilizados en medicina reproductiva bajo las directrices de la *Clinical Laboratory Improvement Act* (CLIA) cuyo objetivo es asegurar la calidad de los test utilizados por los laboratorios a través del establecimiento de estándares de precisión, fiabilidad y oportunidad en que los resultados deben ser otorgados al paciente. Cabe destacar que los test cubiertos por la regulación de la CLIA son únicamente aquellos utilizados en el diagnóstico de la infertilidad y no aquellos realizados en laboratorios de embriología los cuales no son considerados como diagnósticos.¹³³

A nivel estatal se aprecia regulación tendiente a asegurar que aquellos que practican la medicina sean sólo quienes cumplen con estándares mínimos de educación y habilidades, mediante la acción regulatoria de juntas médicas u otros organismos estatales encargados de otorgar las licencias obligatorias para el ejercicio de la profesión y de establecer las bases para juzgar conductas indebidas tales como negligencia, engaño, fraude y abuso en la relación médico-paciente que pueden acarrear restricciones, suspensiones o revocaciones de la licencia profesional y eventuales de investigaciones e imputaciones de cargos en contra del médico¹³⁴. Es así como la regulación estatal es aquella encargada de determinar las conductas a las que deben sujetarse los médicos en su ejercicio, permitiendo que en caso de negligencia o malpraxis pueda recurrirse a la normativa interna de cada estado a objeto de juzgar si la acción u omisión del profesional satisface los requisitos para hacerlo responsable, ya en sede contractual o extracontractual mediante los *torts of negligence*.

En cuanto a la autorregulación profesional, la *American Board of Obstetrics and Gynecology* o bien la *American Board of Urology* certifican la competencia de los especialistas médicos practicantes luego de completar internados y aprobar rigurosos exámenes, permitiendo la certificación como subespecialista con estudios adicionales en infertilidad y endocrinología. Por

¹³² (Ibid.)

¹³³ (Ibid.)

¹³⁴ (Ibid)

último, la ASMR en conjunto con el *College of American Pathologist* administra un programa de acreditación para laboratorios de embriología para asegurar su conformidad con los más altos estándares nacionales de calidad y por otro lado establece guías prácticas y éticas estrictamente monitoreadas por la *Society for Assisted Reproductive Technology* (SART)¹³⁵

Dentro de este entramado regulatorio se evidencia que existe un particular interés por garantizar la eficacia y calidad de los centros que aplican las TRHA junto a los procedimientos utilizados para la consecución de sus fines y sobre todo la seguridad de los usuarios de estas y la posible descendencia, dejando en situación de vacío problemáticas ético-jurídicas tales como el estatuto del embrión y los tratamientos o exámenes permitidos, evidenciándose que en la realidad las guías establecidas por la ASMR representan los principales estándares éticos seguidos en esta materia en EEUU¹³⁶. Esto permite que tanto clínicas y laboratorios privados autorregulen su ejercicio y que se asienten en aquellos Estados con regulaciones más permisivas.

En definitiva, el espíritu empresarial de la medicina estadounidense, y la libertad pregonada por un sector amplio de juristas¹³⁷ impiden que los problemas éticos tradicionales asociados a la medicina reproductiva tengan mayor preponderancia a la hora de señalar los tratamientos y prácticas aceptadas en el ejercicio de las TRHA, siendo Estados Unidos tierra fértil para la exploración de técnicas innovadoras y la aplicación -sin mayor oposición- de aquellas controvertidas en otros lugares, como por ejemplo el DGP, lo que naturalmente provoca un cambio en la mirada y expectativas que se tiene sobre los resultados a que la fertilización asistida permite acceder, deviniendo en una actitud crítica por parte de la población que se traduce en múltiples litigios cuando se obtienen resultados considerados dañosos asociados al inicio de la vida, por lo que no resulta extraño que sea en este país donde surgen por vez primera este tipo de problemáticas.

¹³⁵ (ASMR, Op.cit.)

¹³⁶ (Vidal Martínez, Op.cit.)

¹³⁷ (Ibid.)

1.2 La experiencia europea

El panorama europeo demuestra que existe una gran cantidad de Estados que por vía legislativa han regulado las TRHA. Es el caso de España, Italia, Francia y Alemania – que analizaremos-, junto a Reino Unido (1981), Dinamarca (1987), Noruega (1987 y 1994), Suecia (1984 y 1988), Bélgica (2007), Grecia (2002 y 2005), Portugal (2006), Rusia (2011), entre otros países de la región que al menos cuentan con Decretos ley o normativas que reglamentan aspectos generales de las TRHA, como es el caso de Países Bajos. A continuación, analizaremos cuatro de las legislaciones que por sus características y grado de especificidad merecen mayor grado de detención.

a) España: Ley 14/2006

España cuenta con una de las legislaciones más completas y avanzadas, desde el punto de vista técnico-científico, además de ser una de las menos restrictivas, lo que ha permitido beneficiarse de los avances más recientes del campo clínico y ha significado que los centros de medicina reproductiva españoles sean los más valorados a nivel mundial.

Desde el punto de vista del acceso a las TRHA, toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas que la ley vigente regula, lo que permite que cualquier mujer mayor de edad, independiente de su estado civil u orientación sexual pueda ser madre mediante este recurso (art. 6.1). Lo anterior se traduce en que no solo personas con problemas de infertilidad puedan acceder a las técnicas reguladas, sino que estas puedan ser utilizadas como parte de un plan de vida determinado, permitiendo que estas devengan en un método alternativo de reproducción¹³⁸ (v.gr. opción de familia monoparental mediante la donación de gametos de donante anónimo, posposición de la maternidad mediante el congelamiento de óvulos, tratamientos preimplantacionales para el nacimiento de hijo sano sin enfermedades hereditarias, etc.). No obstante, pese al amplio espectro de acceso, se

¹³⁸ (Ibid.)

encuentra prohibida la gestación por sustitución (art.10.1) pues al igual que en Chile, la filiación es determinada por el parto (art.10.2).

Resulta interesante que, junto al requisito de la mayoría de edad y la entrega de información sobre los riesgos de aplicación de la técnica prescrita y la posterior firma del consentimiento, la ley prescriba que la técnicas por ella reguladas se realizarán solamente cuando existan *probabilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud física o psíquica tanto de la mujer o la posible descendencia*¹³⁹ (art.3.1) lo que es, por un lado plenamente concordante con el objeto de la ley que va más allá de la mera regulación de técnicas de reproducción, regulando también aquellas técnicas coadyuvantes que permiten la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético cuando existan garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes (art.1.1.b), y por otro con la exposición de motivos de la misma que señala que esta ha supuesto una evolución notable en la utilización y aplicación de las TRHA al «extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo»¹⁴⁰. Con esta finalidad la ley regula específicamente los casos en que se permitirá el empleo del diagnóstico genético preimplantacional, a saber, para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal de acuerdo a los conocimientos científicos actuales (art.12.1.a), para la detección de otras alteraciones que puedan alterar la viabilidad del preembrión (art.12.1.b) y, que cuando la aplicación del diagnóstico no tenga por objeto ninguna de las causas anteriores o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros (i.e. los llamados bebés-medicamento) se deberá contar con la aprobación de la autoridad sanitaria correspondiente previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (art.12.2). A este respecto y para salvar los problemas ético-jurídicos que la aplicación del DGP suscita, ha recurrido la ley al concepto de preembrión definiéndolo como el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde (art.1.2), diferenciación conceptual que es utilizada por el legislador español como fundamento de la atribución de un estatuto jurídico distinto al

¹³⁹ El resaltado es nuestro

¹⁴⁰ (Ley 14/2006, exposición de motivos II, párr. 3)

preembrión que, en muchas ocasiones, se asimila al proporcionado a los gametos (esperma y óvulos)¹⁴¹, permitiendo que otras técnicas terapéuticas puedan ser aplicadas cuando tengan por finalidad tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas (art.13) cuando se cumplan con los requisitos estipulados y también la crioconservación de aquellos preembriones sobrantes de las técnicas de fertilización in vitro que no sean transferidos en un determinado ciclo reproductivo (art. 11).

En línea de análisis de este trabajo, la ley contempla un catálogo de infracciones cuya sanción pese a ser de orden administrativo y sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles o penales concurrentes, resultan de sumo interés pues evidencia que no basta con el resultado reproductivo a toda costa, sino que este debe darse un marco de respeto a la protección del derecho a la salud, protección de la salud física y psíquica de las personas y una adecuada ponderación de los diversos intereses concurrentes, junto con dar cuenta de una especial atención al cumplimiento a los consensos más actuales alcanzados mediante el análisis de la *lex artis* médica, lo que permite a víctimas eventuales contar con una herramienta de contraste entre la actuación del médico tratante que ha causado un daño y la actuación que era razonable esperar. Así dentro de las infracciones que se consideran graves, destacamos:

Art.26. B.- 1.^a La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas.

2.^a La omisión de la información o los *estudios previos* necesarios para *evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias*.

3.^a La omisión de *datos, consentimientos y referencias* exigidas por esta Ley, así como la *falta de realización de la historia clínica en cada caso*.

(...)

10.^a En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, *la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo*.

¹⁴¹ (Femenía s.f.)

11.^a La realización continuada de prácticas de estimulación ovárica que puedan resultar lesivas para la salud de las mujeres donantes sanas. (los resaltados son nuestros)

Y dentro de las infracciones muy graves:

Art.26. C.- 8.^a La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las *garantías biológicas de viabilidad exigibles* (resaltado nuestro)

En fin, sea dicho que hemos enfocado la mirada en un punto específico de la ley 14/2006, pero que, sin embargo, su objeto regulatorio es de amplio alcance al extenderse no sólo a la regulación de TRHA y técnicas anexas, sino también a los efectos naturales de la procreación obtenida, como lo es la filiación, también a la regulación de la donación de gametos y preembriones, de los centros autorizados para llevar a cabo estas técnicas y en conciencia de la conexión existente entre estas y los avances en el campo de la investigación genética, a la prohibición de la clonación humana y la utilización tanto de gametos como de preembriones con fines investigativos, dando como resultado una regulación exhaustiva, al menos desde esta vereda sumamente desregulada, que creemos resulta señera y más a la par de los imparables avances en este ámbito.

b) Italia: Ley 40/2004

Suele apuntarse a la legislación italiana como una de las más restrictivas de la región por la gran cantidad de prohibiciones y limitaciones en el acceso que contempla, lo que ha motivado a decir que para la ley italiana no debería hablarse de «procreación médicamente asistida» sino de «procreación jurídicamente obstaculizada»¹⁴². Es así pues la legislación en cuestión no considera a las TRHA como un método alternativo a la procreación natural, sino un recurso de corte terapéutico contra la infertilidad o esterilidad y siempre y cuando no sean practicables otros medios eficaces para eliminar sus causas, permitiendo el únicamente el uso de gametos de la pareja y limitando su acceso a parejas de distinto sexo, en relación estable, casadas o uniones de hecho, que sean mayores de edad y en edad potencialmente fértil y con ambos miembros de

¹⁴² Cassonato, cit. en Corn (2015)

la pareja vivos¹⁴³. De esto se extrae que se encuentra prohibida la opción de optar por la TRHA como método reproductivo que permita evitar la transmisión de enfermedades a la descendencia si la pareja no es estéril, también el acceso a mujeres solteras, lesbianas y viudas, junto a la prohibición de fecundación heteróloga y post-mortem. A esto se suma la prohibición de pruebas preimplantacionales (DGP) -que no es expresa- y de la criopreservación.

No sólo su carácter prohibitivo ha sido resaltado sino también el núcleo imperativo de la ley, especialmente lo relativo a su artículo 14 que imponía rígidamente que los embriones producidos por ciclo de tratamiento no fueren más de tres y que estos fuesen implantados -todos- inmediatamente en el útero de la mujer¹⁴⁴, sin mediar en las consecuencias probables de embarazos múltiples -muchas veces no deseados- riesgosos tanto para la madre como para los nasciturus -y vulneratorio de la voluntad de la mujer-, la necesidad de recurrir a ciclos de estimulación ovárica repetidamente y, en el irrespeto de la profesionalidad médica.

Sin embargo, el carácter de la ley ha ido mutando durante los últimos años -pese a los referéndums abrogatorios parciales fracasados en 2005 por escasa participación ciudadana- gracias a la labor de los tribunales inferiores, del Tribunal Constitucional italiano y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴⁵, resultando que la regulación se haya ido forjando a golpe de sentencia¹⁴⁶, logrando algunos tibios avances tales como la declaración de la ilegitimidad constitucional de la fecundación heteróloga para parejas heterosexuales declaradas infértiles¹⁴⁷ en 2014, la derogación de la norma que imponía un número máximo de embriones producidos por ciclo y la implantación de todos estos en 2009¹⁴⁸, y gracias al fallo *Costa y Pavan v. Italia*, fallado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la posibilidad de acceso para parejas estériles que por la combinación de sus patrimonios genéticos pudieren dar a luz a niños con graves enfermedades a diagnósticos preimplantacionales, lo que sin embargo sigue dejando

¹⁴³ (Zurriarán 2011, 202)

¹⁴⁴ (Corn 2015, 21)

¹⁴⁵ Véase caso *Costa y Pavan v. Italia* (28 de agosto de 2012), relativo a la imposibilidad de accesos a exámenes preimplantatorios de una pareja afectada por el gen de la fibrosis quística -ya con un hijo que la padece- y que buscaban evitar la transmisión a su futura descendencia. El TEDH consideró que la prohibición de la ley italiana vulnera el art.8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que establece el derecho a la vida privada y familiar, haciendo hincapié en la falta de coherencia de la legislación italiana en materia de reproducción asistida.

¹⁴⁶ (Molero 2018, 321)

¹⁴⁷ (Corn Op.cit., 20)

¹⁴⁸ (Ibid., p. 21)

fuera a parejas no infértiles aquejadas por igual situación, con el absurdo de consentir luego, en la etapa prenatal, el aborto terapéutico.¹⁴⁹

Es así, como ha sido apreciado por la doctrina, el caso italiano se trata de una legislación donde la labor de los tribunales tanto inferiores, constitucional y europeos han logrado a fuerza de sus sentencias «dar vuelta una legislación muy restrictiva y ampliamente discutida desde su inicio» pero que no obstante sigue aún inacabada.¹⁵⁰

c) Francia: Ley N° 2004-800

El artículo L.2141-2 del Código Francés de Salud Pública, modificado por la ley n° 2004-800 dispone que la procreación artificial tiene por objeto remediar la infertilidad médicamente diagnosticada o evitar la transmisión a la descendencia o a un miembro de la pareja una enfermedad de particular gravedad¹⁵¹. De esta forma, al igual que la legislación italiana, limita las TRHA a parejas heterosexuales casadas o convivientes por más de dos años acreditados, vivas -no fecundación post-mortem-, en edad de procrear (se prohíbe que mujeres mayores de 40 años puedan recibir óvulos donados) y también proscribire la gestación por sustitución.

Se permite la fecundación heteróloga, disponiendo que al menos uno de los gametos ha de ser de la pareja que se somete a tratamiento, debiendo contar con el consentimiento suscrito ante juez o Notario.¹⁵²

En cuanto al DGP este es permitido de manera restringida debiendo contarse con certificación médica acerca de la alta probabilidad de tener descendencia afectada por una enfermedad genética previamente identificada en alguno de los progenitores (art. L2131-4 del Código de Salud Pública)¹⁵³, y la criopreservación es permitida de manera similar a España, sobre la base de una protección jurídica gradual de los preembriones.

¹⁴⁹ (Ibid., p. 22)

¹⁵⁰ (Molero Op.cit., 316)

¹⁵¹ (Zurriarán Op. cit., 204)

¹⁵² (Ibid.)

¹⁵³ (Moya y Ramón 2018, 121)

Cabe destacar que recientemente ha sido aprobado (27 de septiembre de 2019) por la cámara de diputados francesa una disposición que amplía el acceso a las TRHA a mujeres solteras y parejas lesbianas financiado por la Seguridad Social, pese a la resistencia de los sectores más conservadores.¹⁵⁴

d) Alemania: ley n°745/90 de 1990 sobre protección al embrión¹⁵⁵

A diferencia de los otros países de la región analizados, Alemania no cuenta con una legislación específica que regule la práctica de la reproducción asistida, sino con el llamado Informe Benda de 1985, cuyas conclusiones fueron recogidas posteriormente en 1990 por la *Embryonenschutzgesetz* (ley de protección de embriones). En esta se busca armonizar los derechos de los padres que se someten a TRHA y de los hijos que nacen a través de ellas, disponiéndose numerosas prohibiciones acompañadas de penas privativas de libertad y pecuniarias. Entre las prohibiciones se contemplan la elección de sexo salvo los casos de distrofia muscular de Duchenne o enfermedades hereditarias similar de mucha gravedad ligada al sexo (parágrafo 3); la de fecundación post-mortem (parágrafo 4); fecundación de un óvulo con fines distinto a producir un embarazo (parágrafo 1.1); la transferencia de más de 3 embriones en un mismo ciclo y la producción de embriones supernumerarios (parágrafo 1.1.2 y 1.1.5 respectivamente) y; la clonación junto a la creación de quimeras e híbridos (parágrafos 6 y 7 respectivamente)

En cuanto al DGP este se encuentra permitido desde la dictación del *Bundestagsdrucksache* 17/5451 aprobado por el *Bundestag* en 2011, permitiendo someter a los embriones concebidos in vitro a un *screening* o testeo genético cuando exista un alto riesgo de transmisión de enfermedades hereditarias comprobadas, la posibilidad de abortos espontáneos o de que el niño nazca muerto (art.1)

¹⁵⁴ Diario La Tercera <https://www.latercera.com/mundo/noticia/francia-apuesta-reproduccion-asistida-solteras-parejas-lesbianas/851648/>

¹⁵⁵ Véase la traducción en Villalobos (1994)

1.3. La (in)experiencia de América Latina

A diferencia de las realidades de Estados Unidos y Europa, los países de América Latina, en su mayoría no cuentan con una normatividad que los regule de forma concreta¹⁵⁶ -pese a ser la procreación asistida una práctica extendida por toda la región- y tal como citábamos al inicio de este capítulo, la mayoría de las reglas que suelen aplicarse consisten en principios generales inscriptos en Constituciones, códigos civiles y penales junto a otros cuerpos normativos que no aportan un tratamiento integral a las TRHA. En efecto, sólo Argentina y Uruguay poseen leyes específicas, sumado a la realidad de Brasil que a nivel administrativo ha dispuesto ciertas normas éticas, emitidas por el Consejo Federal de Medicina, para el uso de TRHA¹⁵⁷ y de Chile que hemos analizado anteriormente.

Argentina, pese a contar con normativa específica a nivel legal, creemos se encuentra al debe, tal como la mayoría de los países de la región, al no lograr abarcar la totalidad de temáticas diferentes que suscitan a nivel legal por el uso de TRHA. Por un lado, la Ley N° 26.862 «Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida» de 5 de junio de 2013 se encarga únicamente de regular los beneficiarios, las condiciones de acceso y la cobertura que asegurarán un acceso amplio a la ciudadanía al tratamiento de procreación asistida y, por otro, los artículos 558 a 593 del Código Civil y Comercial de la Nación refieren únicamente al consentimiento procreativo y a normas relativas a la filiación. De este modo quedan en el vacío temas tales como la posibilidad de gestación por subrogación, práctica del DGP, criopreservación o pautas de buenas praxis médica.

Distinto es el caso de Uruguay. La ley N° 19.167 «Técnicas de reproducción humana asistida» publicada en el Diario Oficial del país el 29 de noviembre de 2013 regula con bastante más amplitud la aplicación de las TRHA, siendo a nuestro parecer la más avanzada de la región. Incluye la ley dentro de su regulación y como técnicas de reproducción humana asistida a las prácticas de inducción a la ovulación, inseminación artificial, microinyección espermática (ICSI), diagnóstico genético preimplantacional, fecundación in vitro, transferencia de embriones, transferencia intratubárica de gametos, transferencia intratubárica de cigotos,

¹⁵⁶ (Cano y Esparza Op.cit., 26)

¹⁵⁷ (Ibid.)

transferencia intratubárica de embriones, criopreservación de gametos y embriones, donación de gametos y embriones y la posibilidad de gestación subrogada únicamente en el caso de mujeres cuyo útero no pueda gestar su embarazo quienes pueden acordar con un familiar suyo o de su pareja en su caso, de segundo grado, la implantación y gestación del embrión propio, bajo aprobación de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida. Sumado a esto se contiene, en el mismo cuerpo, normativa relativa a los requisitos de acceso a las TRHA; cobertura; pautas de buena praxis médica tales como la señalada en el artículo 7.B que dispone que sólo podrán llevarse a cabo estas técnicas cuando existan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o su posible descendencia, debiendo determinarse el buen estado de salud psicofísica de la pareja o de la mujer en su caso, de conformidad con las exigencias de un protocolo obligatorio que acredite que no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que comprometan la viabilidad del embrión o que sean transmisibles a la descendencia y no puedan ser tratadas luego del nacimiento del niño o niña o el número máximo de embriones a transferir en cada ciclo; normas de filiación y normas sobre clonación e investigación con gametos y embriones, entre otras.

En fin, creemos que urge regulación en la materia con vocación exhaustiva en la región, dada la especial situación de desigualdad y desinformación social en América Latina que podría «aumentar y generar abusos en el sensible campo de las relaciones familiares si no se encara adecuadamente la regulación de las TRA y la investigación biomédica y en general los cambios sociales y económicos derivados del desarrollo tecnológico»¹⁵⁸

2.La problemática de la responsabilidad asociada al inicio de la vida

2.1. La puerta de entrada: Zepeda v. Zepeda

En el año 1963, la Corte de Apelaciones de Illinois, Estados Unidos, dictó un emblemático fallo dando solución a un conflicto que sería, durante décadas, objeto de múltiples comentarios, análisis y críticas. La demanda interpuesta por el hijo contra sus padres perseguía la

¹⁵⁸ (Vidal Martínez Op.cit.)

indemnización de perjuicios, fundándose -he aquí lo llamativo- en el perjuicio que aquellos le habrían causado al permitirle nacer en circunstancias ‘poco idóneas’, que le privaron de la posibilidad de experimentar una infancia normal. Ello atendido que la falsa promesa de matrimonio del padre a la madre habría condenado al demandante a nacer bajo el estigma de ser un hijo adulterino.

Tan polémico como el fundamento mismo de la demanda es el fallo, pues en él el tribunal rechaza la pretensión, pero no por argumentar que no existiese un daño susceptible de ser reparado, sino que, por el contrario, en los epígrafes 30 y 31 de la sentencia se señala que

Hemos decidido desestimar la demanda. A pesar del reconocimiento del agravio cometido como un daño, procedemos así debido a nuestra creencia de que el legislador, aunque inherente al proceso judicial, no debe ser indulgente en donde el resultado podría ser tan amplio como aquí. El interés de la sociedad está tan involucrado y los actos necesarios para reparar el agravio pueden ser tan amplios, que los representantes del pueblo deben manifestarse al respecto¹⁵⁹

Aludieron a que de acoger la reclamación se tendría como consecuencia abrir las puertas a un sinnúmero de nuevas reclamaciones judiciales interpuestas en contra de los padres¹⁶⁰, aún más en un país y época donde nacer fuera del matrimonio tenía aparejados importantes estigmas y donde tan sólo el primer año de la década ya se registraban 224.330 nacimientos de este tipo¹⁶¹, por lo que una oleada de esta clase de acciones habría sido una consecuencia más que probable.

El caso recién citado, conocido como *Zepeda vs. Zepeda*¹⁶² se considera hoy como el origen de una serie de reclamaciones de responsabilidad asociadas al inicio de la vida¹⁶³, entre ellas, las acciones de wrongful pregnancy, wrongful birth y wrongful life, de las que haremos una breve revisión.

¹⁵⁹ (Fugardo, 2018, 123)

¹⁶⁰ (Macía, 2009, 169)

¹⁶¹ (Fugardo, Op.cit., 123)

¹⁶² *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App. 2d 240 (Ill. App. Ct. 1963)

¹⁶³ (Macía Op.cit, 169)

2.2. Las acciones de responsabilidad asociadas a la vida

a) Wrongful Pregnancy o Wrongful Conception.

Imagínese la siguiente situación, es usted una mujer casada, madre y profesional universitaria que junto a su pareja ha tomado la decisión de no tener más hijos. Se somete a una operación quirúrgica de ligadura de trompas, con la esperanza de poder dejar de acudir a otros medios de anticoncepción y evitar el riesgo de ver trastocada su planificación familiar. Sin embargo, y pese a que suponía la intervención se realizó exitosamente, al poco tiempo queda usted embarazada, dando a luz a dos hijas afectadas por el síndrome de Down.

La explicación que le entrega el equipo médico tratante es que sólo una de las trompas fue efectivamente operada, pues a la izquierda no se pudo acceder por ciertas complicaciones inesperadas y que, por tanto, la intervención no ha cumplido su objetivo.

Ni acerca del fracaso de la operación ni de las posibilidades de preñez fue usted adecuadamente informada, pues de lo contrario, habría tomado medidas para evitar la concepción. Indignada y profundamente afectada por lo que esta negligencia médica implica para su situación económica, sus perspectivas profesionales y, en general, sus planes de vida, decide demandar al médico tratante para que le indemnice todos los daños que por su causa le han acaecido.

El caso señalado se encuadra dentro de lo que en derecho comparado se ha llamado “acciones de *Wrongful pregnancy* o *Wrongful conception*”, caracterizadas por que la problemática del supuesto de hecho gira sobre la concepción y posterior alumbramiento de un hijo no deseado¹⁶⁴, previa práctica de una esterilización quirúrgica¹⁶⁵ o interrupción del embarazo fallida. En otras palabras, se le ha definido como «un embarazo no deseado tras una esterilización, que tenía precisamente esa finalidad, evitar una concepción»¹⁶⁶. El desenlace en un embarazo no deseado puede tener su causa en tres hipótesis de errores médicos: esterilizaciones fallidas o defectuosamente ejecutadas; intervenciones esterilizantes realizadas correctamente, pero con

¹⁶⁴ Suele agregarse como presupuesto conceptual de la categoría que como resultado del error médico se conciba un “hijo o hija sano”, ello con el objeto de distinguirlo de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. El estado de salud del hijo sería irrelevante en este tipo de acciones.

¹⁶⁵ (Vicandi 2013, 44)

¹⁶⁶ (Ibid.)

tratamiento o información posteriores insuficientes, dando lugar a una concepción no deseada ni previsible; e interrupciones fallidas del embarazo.^{167 168}

Ahora bien, la mayor dificultad que supone este tipo de acciones es la legitimidad del interés cuya vulneración se alega. La problemática se presenta al momento de plantearse la idea del nacimiento del hijo como un daño, señalando algunos autores que todo ser humano, cualquiera sea la forma en que llegue al mundo, es valioso objetiva e incondicionalmente y, como tal, digno de tutela por parte del derecho. Por ello, parece contradictorio que pueda ser calificado jurídicamente como un daño susceptible de reparación. Lo digno y valioso en sí mismo (“qué bueno que existas”), no puede ser a la vez perjudicial y nocivo (“hubiera sido mejor que no existieras”).¹⁶⁹

Sin embargo, las acciones wrongful conception gozan de una considerable aceptación por parte de los tribunales en el derecho comparado, que suelen acoger las pretensiones de reparación del daño, y especialmente cuándo ellas se fundan en la lesión al derecho de autodeterminación de la madre, y no en la existencia misma del hijo.

En dicho sentido parecen haberse manifestado también nuestros tribunales -aunque sin realizar un análisis de fondo en materia del daño- en el fallo que dio solución al caso que presentamos al inicio de este acápite. En él la Corte de Apelaciones de Antofagasta¹⁷⁰ concedió en favor de la demandante indemnización de perjuicios por los costos de la operación y del parto, por el daño causado en su vida afectiva y emocional y, por los trastornos provocados en su vida familiar. No así por los costos relacionados a la enfermedad de las hijas concebidas, por estimar que no se trataba de daños directos.¹⁷¹

¹⁶⁷ (Emaldi 2001, 733-734)

¹⁶⁸ Algunos autores tratan los supuestos de responsabilidad médica fundados en el nacimiento de un hijo no deseado previa intervención de interrupción del embarazo como una categoría distinta de acciones de responsabilidad asociadas a la vida, desmarcándola de las de Wrongful Pregnancy. En ese sentido Casals y Solé (2001, 3)

¹⁶⁹ (Corral 2012)

¹⁷⁰ Sentencia Rol 373-2011, Corte de Apelaciones de Antofagasta.

¹⁷¹ La eventual indemnización de perjuicios que se sigue de la imputación de responsabilidad civil al médico tratante puede tener por objeto resarcir: a) los gastos que implica la alimentación y crianza del hijo no deseado o; b) el daño evaluable basado en las limitaciones físicas y laborales del tiempo de la gestación, y el del impacto psicológico que produjo a la actora el hecho imprevisible del embarazo (Emaldi 2001, 733-734). La regla general en el derecho comparado ha sido conceder las indemnizaciones pertinentes con base en este último razonamiento, pese a que existen casos en que sí se ordena el resarcimiento por los alimentos del hijo concebido. Así, en Arizona, Connecticut

b) Acciones de Wrongful birth y Wrongful life

Siguiendo a Macía Morillo, este tipo de acciones son aquellas que

con ocasión de una prestación sanitaria de diagnóstico preconceptivo o prenatal, omiten comunicar a los futuros progenitores cierta información sobre los riesgos que amenazan a la descendencia futura, o sobre las enfermedades o defectos de la ya concebida, o emiten un diagnóstico erróneo sobre el estado enfermo o discapacitado físico o síquico de un embrión o feto, o sobre los riesgos que amenazan a los futuros concebidos. Concretamente, la información que reciben los progenitores es que no existen los riesgos, enfermedades o defectos graves que se encuentran realmente presentes en el embrión o feto y que podían haber sido diagnosticados conforme a la *lex artis* (esto es, lo que se llama un “falso negativo” en el diagnóstico)¹⁷²

Agregando además que la enfermedad o defecto debe ser detectable de acuerdo con el estado de la ciencia y no ha de tener remedio o cura conocida¹⁷³ y que

partiendo de la hipótesis de que aquello de lo que no se informa a los progenitores carecía de cura, de acuerdo con el estado actual de la ciencia médica, la conducta del profesional médico en cuestión no permite que, antes del transcurso del plazo legalmente fijado para interrumpir voluntariamente el embarazo, o antes de la concepción, los progenitores conozcan de los males que afectan o amenazan a su descendencia futura, lo que podría haberles permitido, según el caso, adoptar una decisión sobre si concebir o no o sobre si interrumpir o no el embarazo en curso para evitar el nacimiento del niño enfermo. Por tanto, bien por la ausencia de diagnóstico o bien por la comunicación de un “falso negativo”, los progenitores

y Massachusetts, la indemnización incluye, además de las partidas indemnizatorias contempladas por la tendencia mayoritaria, los costos de crianza del hijo o hija inesperado. (Cárdenas y Sánchez 2018, 240).

¹⁷² (Macía 2009 Op. cit., 168)

¹⁷³ (Ibid., 175)

quedan privados de una información fundamental y necesaria para la adopción de decisiones respecto de su procreación futura.¹⁷⁴

Es relevante señalar que la negligencia radica en no haber advertido la enfermedad que aqueja al embrión o feto, y no el haberla provocado, pues en dicho caso nos encontraríamos frente a una acción completamente distinta.

La diferencia entre ambas acciones radica en el legitimario activo que, en el caso del wrongful birth, son los padres. Así, se ha definido a este tipo de acción como «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»¹⁷⁵, la ha descrito también Emaldi-Cirión como la demanda interpuesta por los padres del hijo deficiente contra el médico, donde «el consejero genético es responsable de un daño al no proponerle a una mujer una serie de pruebas, o bien, al no detectar o no avisar a la mujer embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre su feto, a tiempo de que esta pueda abortar amparada por la Ley»¹⁷⁶.

Por otro lado, nos hallamos frente a acciones de wrongful life cuando ellas son ejercitadas por el hijo nacido enfermo o por los padres en su nombre, basadas en «el hecho de que, si el médico hubiese informado a los padres de manera oportuna, tal vez él no habría nacido ni experimentaría entonces el daño moral causado por el sufrimiento de verse en la situación en que se encuentra»¹⁷⁷

A modo de síntesis, nos hallaremos frente a acciones de wrongful birth o de wrongful life cuando, a causa de que el personal médico tratante ha: a) omitido recomendar las pruebas genéticas pertinentes, b) cometido error en el diagnóstico genético preimplantacional o prenatal u, c) omitido informar sus resultados a los padres en momento oportuno¹⁷⁸, se ha ignorado por

¹⁷⁴ (Ibid., 168-169)

¹⁷⁵ (Macía morillo cit. en Vicandi Op.cit, 41)

¹⁷⁶ (Emaldi Op.cit, 734)

¹⁷⁷ (Casals y solé 2001, 3)

¹⁷⁸ (Galán Cortés cit. en Vicandi Op. cit., 41)

los estos la enfermedad -grave e incurable- o el riesgo de ella¹⁷⁹, que afecta al nasciturus o al concepturus¹⁸⁰, de manera tal que se han visto privados de la posibilidad de adoptar una decisión informada acerca de: a) si procrear o no -cuándo aún no se ha implantado ningún embrión- o, b) la opción de acudir a la interrupción del embarazo -en los países y en las oportunidades que se permite-. Y la diferencia entre la una y la otra se haya dada por quien ejerce la acción, si los padres en su propio nombre -wrongful birth-, o estos en representación del hijo o el hijo por sí mismo -wrongful life-.

Sin embargo, y pese a las evidentes similitudes entre ambas acciones, ha sido muy disímil la acogida que ellas han recibido en los diversos tribunales y ordenamientos donde se les ha intentado, como resulta patente en los fallos que procederemos a revisar.

c) La recepción jurisprudencial del wrongful birth.

Así como el caso *Zepeda vs. Zepeda* fue la puerta de entrada de las acciones de responsabilidad asociadas con el inicio de la vida, es en *Gleitman vs. Cosgrove*¹⁸¹ donde las acciones de wrongful birth dan sus primeros pasos.

La acción en cuestión fue interpuesta por Sandra Gleitman quien, tras contraer rubeola durante los primeros meses de su embarazo y aquejada por las dudas acerca de los efectos que el virus pudiese acarrearle al nonato, decide acudir a consultar al doctor Cosgrove, médico obstetra que, frente a las preocupaciones de la madre, descarta de plano cualquier problema.

Tiempo después - y pese a que el mismo diagnóstico tranquilizador le fue reiterado a lo largo del embarazo- da a luz finalmente a un niño con graves problemas de salud, hallándose afectada

¹⁷⁹ Una subespecie de estas formas de acción se da cuando el hijo nace sano, mas las condiciones de su nacimiento lo convierten en víctima de discriminaciones legales, como fue el caso en *Zepeda vs. Zepeda*. Sin embargo, atendido el avance en las legislaciones chilena y en el derecho comparado, donde ya no existen diferencias entre hijos en virtud a la forma en que se determinó la filiación, no se hará en este trabajo más referencia al tema que esta.

¹⁸⁰ *Concepturus*, por concebir, *nondum conceptus*, elipsis de *nasciturus nondum conceptus*, es la forma técnica generalmente aceptada con la que se expresa la idea de la posibilidad del nacimiento de una persona que no está concebida en el momento de la creación de un acto jurídico que se produce para el caso de su nacimiento. Véase Mata (2003), 565

¹⁸¹ *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22

la vista, la audición y el habla. La demanda interpuesta se fundó en la pérdida de la oportunidad de la madre de interrumpir oportunamente el embarazo.

En este caso el tribunal rechazó las pretensiones de la madre basándose, por un lado, en lo abstracto e incuantificable del daño alegado, pues consideró irrealizable la labor de «medir la diferencia entre la vida con defectos y el vacío absoluto de la no existencia» y, por el otro, en que siendo de orden público el mantenimiento del bien “vida” deviene imposible la valoración del litigio, pues se halla reñido con la “santidad de la vida”.¹⁸²

Así las cosas, no fue sino hasta *Jacobs vs Theimer*¹⁸³ en 1975, Texas, que se concedió por primera vez indemnización basada en el nacimiento de un hijo con defectos congénitos, acción en que el fundamento fue la negligencia del profesional médico en el diagnóstico de la rubeola que afectó a la embarazada y al feto, privando a los padres de la posibilidad de interrumpir el embarazo en tiempo oportuno. Se libra la sentencia de la comparación entre el disvalor de una vida con taras y la no existencia, entendiendo que «los gastos económicos relacionados únicamente a los defectos físicos del niño es una cuestión diferente la cual está libre de la objeción anterior.»¹⁸⁴ y, rechaza la política presente en el fallo que le antecede que justifica se prive a los padres de información, les conduce a continuar el embarazo hasta el nacimiento del niño deficiente y deniega la indemnización de los costos de tratamiento y cuidado por los defectos del niño, redundando en la irresponsabilidad del personal médico por los daños que provoca su negligencia en el diagnóstico de enfermedades en el feto.

El mismo año, en Wisconsin y fundándose la acción en situación casi idéntica, se acogió la demanda interpuesta en *Dumer vs Saint Michael's Hospital*¹⁸⁵, concediéndose por la corte respectiva indemnización de perjuicios por el costo de los tratamientos realizados en el hijo a razón de la minusvalía no diagnosticada.

Ambas sentencias marcaron precedente en sus respectivos estados, orientando los fallos posteriores hacia la aceptación generalizada de las acciones de wrongful birth, y expandiendo también esta política hacia otros estados del país.¹⁸⁶

¹⁸² (Mondaca et al. 2015, 22)

¹⁸³ *Jacobs v. Theimer*, 507 S.W.2d 288
507 S.W.2d 288 (Tex. Civ. App. 1974)

¹⁸⁴ (Ibid., 23)

¹⁸⁵ *Dumer v. St. Michael's Hospital*, 69 Wis. 2d 766

¹⁸⁶ (Ibid., 24)

Los fallos que en torno a esta materia se han pronunciado en EEUU son abundantes y tienden a su aceptación, mas no son los únicos y, es posible encontrar tratamiento de estas acciones en múltiples países, destacándose el desarrollo que se le ha dado en algunos países de la Unión Europea tales como en Francia, Alemania, España y el Reino Unido, sin embargo, dado que el objeto del presente capítulo es tan solo dar una visión de las diversas actitudes que los tribunales han tomado al momento de recepcionar las acciones de wrongful birth y, para evitar extendernos más allá de lo necesario, relataremos solo la experiencia española, por lo ejemplificadores que resultan los tres casos que ha fallado su Tribunal Supremo. Al caso Perruche, el más célebre de la jurisprudencia francesa, nos referiremos en el acápite que sigue, atendido que su arista más interesante se halla dada por las consecuencias que de él se siguieron en la aceptación y regulación de las acciones de wrongful life.

Es también el caso de España digno de mención pues, si bien aún son pocas las sentencias que tratan el tema, abundantes son los comentarios que se han vertido alrededor de los disímiles -a lo menos aparentemente¹⁸⁷- razonamientos que han fundado su acogimiento o rechazo.

La primera sentencia del Tribunal Supremo que se refirió al tema fue dictada el día 6 de junio de 1997¹⁸⁸. Los hechos del caso son los siguientes: Doña María Purificación, quien lleva un embarazo de riesgo, acude al Hospital Clínico Universitario de Valencia para recibir un diagnóstico acerca de los riesgos que existen para ella y para el feto. Entre las pruebas que el recinto hospitalario le prescribe se encuentra la “amniocentesis”, examen que tiene por objeto identificar alteraciones genéticas y cromosómicas, y que generalmente se recomienda entre las semanas 15 a 20 de embarazo a las mujeres que corren un alto riesgo de que se produzcan anomalías cromosómicas¹⁸⁹. Sin embargo, la amniocentesis falla, situación que se comunica al hospital el día 7 de julio, mas este no notifica a su vez a la gestante - ni aun cuándo a los pocos días ella consulta por los resultados de examen - sino hasta cuando ya se halla vencido el termino en que Josefa puede acudir a un aborto legal. Así, la demandante da a luz a un hijo afectado por

¹⁸⁷ En torno a la aparente discordancia entre los fallos de una sentencia y otra véase “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de *wrongful birth*. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores.” (De Angel 2002)

¹⁸⁸ STS 3999/1997

¹⁸⁹ (Stanford Children’s Health s.f.)

el síndrome de Down, sin haber tenido la oportunidad de ejercer la facultad de interrumpir el embarazo.

El Tribunal Supremo acoge la pretensión de la actora arguyendo que «dado el nacimiento de un ser con las deficiencias ya descritas y la voluntad antecedente de la madre de evitarlo legalmente, así como la conducta médica que evitó lo anterior» surge una «violación del principio de protección de la confianza legítima que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar la defensa de sus intereses.». Respecto al daño señala que no siendo patrimonial y si bien no es simple fijar parámetros económicos a una tara, se han de considerar cuestiones tales como el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo, que alcanza edades medianas y que precisa atención permanente y asalariada. Y concluye la sentencia señalando que «ha habido acción médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal entre ambos acontecimientos».

El segundo caso de wrongful birth en llegar al Tribunal Supremo fue la demanda interpuesta por doña Ana María y don Lucio el año 1999¹⁹⁰ en contra del Ministerio de Sanidad, la Dirección Provincial del Insalud de Salamanca y la médico tratante, ello fundado en que, al no haber detectado a tiempo las múltiples anomalías congénitas de las que sufría el feto, se les privó de la posibilidad de interrumpir legalmente el embarazo.

En este caso el tribunal estima que, siendo el embarazo normal y de bajo riesgo y, por tanto, no justificándose conforme a la *lex artis* el uso de las técnicas extremas de ecografía que habrían sido capaces de identificar las anomalías, no habría ocurrido negligencia médica y, por tanto, no habría responsabilidad de ninguna de las demandadas.

El último fallo relativo a esta materia dictado por el Tribunal Supremo data del 7 de junio del 2002¹⁹¹, y en él los padres de un niño con síndrome de Down se dirigen contra el médico tratante y el centro de salud en que desarrolla su actividad profesional, tanto a nombre propio como a nombre del hijo, fundándose en la omisión del médico al deber de otorgarles información acerca de las pruebas disponibles para determinar la existencia de malformaciones en el feto -atendido que se trataba de un embarazo de riesgo y a que inclusive le habrían consultado al profesional

¹⁹⁰ STS 679/1999.

¹⁹¹ STS 4137/2002.

acerca de dicho riesgo- y la consecuente privación de la posibilidad de optar a la interrupción del embarazo.

El tribunal en este caso también rechaza la pretensión indemnizatoria pues, si bien reconoce que el médico ha incumplido su deber de información, siendo ello una figura de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, estima que no concurren otro de los elementos de la responsabilidad, la causalidad, ello por no existir certezas de que, de haberse diagnosticado oportunamente el síndrome que aquejaba al feto, los padres habrían acudido a la interrupción del embarazo, en circunstancias que «la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, y aunque no siempre es requisito la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un juicio de probabilidad calificada; este juicio corresponde sentarlo al juez de instancia»¹⁹².

d) La recepción jurisprudencial del wrongful life

Como hemos visto, en mayor o en menor medida, el desarrollo de las políticas que orientan el tratamiento de las acciones de wrongful birth aún se halla en pañales, siendo inciertos los rumbos que pueden tomar los diversos tribunales a la hora de acoger, rechazar, fundar sus resoluciones o valorar los daños. Sin embargo, en varias legislaciones, este tipo de pretensiones son consistentemente aceptadas.

Distinta suerte corre las acciones de wrongful birth que, pese a tener la mayoría de sus elementos en común con la homóloga, son en general consideradas, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, inaceptables.

La tendencia se inició en la sentencia de *Gleitman vs Cosgrove* -donde los padres accionaron tanto a nombre propio como a nombre del niño-, y se ha reiterado en numerosas ocasiones, como en la resolución del Tribunal de Apelaciones de Nueva York del caso *Becker vs. Schwartz*¹⁹³ (27 de noviembre de 1978) donde señala que «si es mejor nunca haber nacido, que haber nacido con graves deficiencias es un misterio que debe ser dejado más apropiadamente a

¹⁹² (Ibid)

¹⁹³ *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401.

los filósofos y a los teólogos»¹⁹⁴ y, finalmente, prospera la acción de wrongful birth pero se rechaza la acción de wrongful life o, en otras latitudes, la sentencia de *Stewart vs. Botha*¹⁹⁵, en Sudáfrica, donde el tribunal considera que aceptar las pretensiones de los demandantes violaría la disposición constitucional del derecho a la vida, pues «proclamaría que la vida de Brian es peor que la posibilidad de no existir»¹⁹⁶.

Ahora bien, pese al mayoritario rechazo que han recibido, es de todas maneras posible encontrar un puñado de sentencias alrededor del mundo que han dado lugar a las pretensiones indemnizatorias del hijo no abortado. Admitiéndose, por ejemplo, en Holanda (Kelly 2005) y los estados de California, Nueva Jersey y Washington, EEUU, con limitación del resarcimiento a los “special damages”¹⁹⁷. Revisaremos brevemente algunas de ellas.

La primera sentencia que falló en este sentido fue la del caso *Park vs Chessin*¹⁹⁸ de 1976, nuevamente en EE. UU., New York. Fue entablada por una niña afectada por enfermedad poliquística de riñón, tara que ocasiona se generen y desarrollen múltiples quistes en el tejido renal y en otros órganos¹⁹⁹, y dirigida en contra del profesional médico que no informó adecuadamente a los padres acerca de las probabilidades y consecuencias de padecer ella de dicha enfermedad. El tribunal consideró en este caso -sorteando uno de los grandes problemas que plantea este tipo de acciones- que, en realidad, lo que se alegaba en la demanda no era el hecho mismo del nacimiento como un daño, sino el dolor sufrido después de su nacimiento por una actuación de los médicos anterior a la concepción²⁰⁰.

Luego, en 1980, la Corte de Apelaciones de California acoge la demanda interpuesta por Hyam Curlender a nombre de su hija Shauna Tamar Curlender²⁰¹, que padece la enfermedad de Tay-

¹⁹⁴ “Whether it is better never to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians.”

¹⁹⁵ (Center for Reproductive Rights 2010)

¹⁹⁶ The court particularly noted that since section 11 of the South African Constitution gives everyone the “right to life,” an award on this type of claim would violate this principle because it would proclaim that Brian’s life is worse than the possibility of his non-existence. (Center for Reproductive Rights 2010, 97)

¹⁹⁷ (Fugardo Op.Cit, 232)

¹⁹⁸ *Park v. Chessin*, 88 Misc. 2d 222

¹⁹⁹ (Iseta, Hualde y Nadal s.f.)

²⁰⁰ (Emaldi 2001 Op. cit, 733-734)

²⁰¹ *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, 106 Cal. App.3d 811.

Sachs, en contra de los laboratorios Bio-Science, centro donde los padres se habrían realizado los test necesarios para descartar que fueren portadores de la mencionada enfermedad y que, por cierto, fallaron. Lo propio ocurre en *Turpin vs Sortini*²⁰², California 1982, donde la Corte menciona que «es difícil ver como la indemnización de perjuicios a un niño que sufre o se encuentra seriamente discapacitado podría negarle el valor de su vida o de alguna manera sugerir que no tiene no tiene derecho a la medida completa de los derechos y privilegios legales y no legales otorgados a todos los miembros de la sociedad»²⁰³(traducción libre).

Un último ejemplo por mencionar, emblemático y polémico de la judicatura francesa, es el llamado “*affaire Perruche*”, donde Nicolás Perruche exigía se le resarciera el daño que le sobrevino -el hecho mismo de nacer- por causa de un errático diagnóstico prenatal que impidió que la madre, tras infectarse con rubeola, acudiera a la interrupción del embarazo dentro del término legal. El tribunal de Casación Francés acoge, en resolución de fecha 19 de noviembre del año 2000²⁰⁴, la pretensión indemnizatoria. Sin embargo, el fallo provoca una oleada de detractores, alegándose por algunos que los tribunales se hallaban avalando las prácticas eugenésicas²⁰⁵, iniciándose huelgas de los radiólogos y publicándose manifiestos firmados por intelectuales juristas y médicos²⁰⁶. Entre sus argumentos señalaban que, desde el momento en que la anomalía del niño es preexistente y no el resultado de un acto médico, no era posible aceptar otra indemnización más que la del perjuicio moral de los padres y que «El nacimiento no puede considerarse como un daño para el que viene al mundo. Si el aborto se convierte en una obligación social, no se está lejos de la inducción al eugenismo»²⁰⁷. Estos sucesos desencadenan que el año 2002 se apruebe la ley Kouchner -llamada así por quién fuera el ministro de Sanidad, Bernard Kouchner, opositor al fallo- en la que se establece que el nacimiento no puede en ningún caso ser invocado como fuente de perjuicios y que anula los efectos de la sentencia. Luego, es impugnada la legalidad de las disposiciones de la “ley

²⁰² *Turpin v. Sortini*, 31 Cal.3d 220.

²⁰³ “it is hard to see how an award of damages to a severely handicapped or suffering child would disavow the value of life or in any way suggest that the child is not entitled to the full measure of legal and nonlegal rights and privileges accorded to all members of society”

²⁰⁴ *Perruche v. Laboratoire de biologie médicale de Yerres*, Cour de cassation, 17 novembre 2000, N° de pourvoi: 99-13701.

²⁰⁵ (The New York Times 2001)

²⁰⁶ (Aceprensa 2001)

²⁰⁷ (Bioeticaweb 2004)

antiperruche”, recurrida en el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, y que emite sentencia el año 2005 dando nuevamente razón a los recurrentes²⁰⁸. Este último criterio que fue finalmente confirmado por la Corte Civil de Casación en el año 2006, que reconoce al nacido el derecho a ser indemnizado pues

en el momento en que es cometido el error por parte del médico o del laboratorio, en ejecución del contrato firmado con Mme P... se ha impedido a ésta última ejercer libremente su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo para evitar el nacimiento de un niño discapacitado, pudiendo este último exigir la reparación económica del perjuicio derivado de la discapacidad causada por el error reconocido²⁰⁹.

2.3. Bases asentadas en la jurisprudencia

A modo de síntesis solo nos resta señalar, como es posible apreciar en las diversas sentencias citadas, que los tribunales han consistentemente rechazado las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en aquellas ocasiones en que: a) comprende que el daño alegado es el hecho mismo del nacimiento -*Gleitman v.s Cosgrove, Becker vs. Schwartz y Stewart vs. Botha*- y; b) no ha logrado tener por satisfecho el nexo causal - *STS 4137/2002*.-.

En cambio, cuando los tribunales han entendido que; por un lado, el daño alegado es el shock psicológico de ver nacer a un hijo enfermo, el dolor de saber que nunca podrá valerse por sí mismo, los costos de los tratamientos, o el dolor sufrido después del propio nacimiento por causa de estar condenado a una vida enferma -y no el hecho mismo del nacimiento- y; por el otro, que el nexo causal entre el daño y la acción culpable no se halla entre el origen de la enfermedad y el nacimiento del hijo enfermo, sino entre éste y la omisión negligente del profesional médico que impidió el ejercicio de la autonomía de los padres, han sido acogidas las pretensiones indemnizatorias, ello inclusive en los casos en que las acciones alegadas son de *wrongful life*.

²⁰⁸ (Lalatta 2011, 101)

²⁰⁹ (Ibid.)

Capítulo IV

«La responsabilidad civil médica»

Nos parece necesario acudir, para sentar las bases que permitan alzar un modelo de conducta exigible al profesional médico que se desempeña en las técnicas de reproducción asistida, al conjunto general de normas que componen el área de la responsabilidad civil médica.

Desde esta disciplina compuesta de un entramado de regímenes y estatutos pueden construirse variadas obligaciones dirigidas a los profesionales sanitarios y, por tanto, cualquiera sea el área específica de su desempeño, incorporar dentro de la batería de obligaciones que pesan sobre ellos importantísimos deberes, tales como el de información seguridad y actuación conforme a *lex artis*, cuyo cumplimiento traza la división entre un actuar prudente y uno negligente.

Mediante este expediente pretendemos suplir la ausencia de legislación específica que señale un piso mínimo de obligaciones profesionales para el área de las TRHA y que presenta serias dificultades a la hora de perseguir responsabilidades por desvíos negligentes en el actuar profesional cuyo resultado tras la aplicación del tratamiento -tema que interesa a este trabajo- es el nacimiento de un hijo afectado con enfermedades graves e incurables.

Con el foco puesto en aquello, proseguiremos en lo sucesivo con el análisis de la materia centrándonos principalmente en la construcción del contrato que gobierna la relación médico paciente, fijándonos en los deberes profesionales y, presentando un desarrollo más pormenorizado de aquellos puntos útiles al objeto de este trabajo sin perjuicio de un análisis general que dará cuenta de cuestiones esenciales en la construcción de un régimen específico de responsabilidad.

En lo sucesivo seguiremos el orden utilizado por el profesor Pizarro²¹⁰.

²¹⁰ (Pizarro 2017)

1. Estatuto aplicable

Existe consenso en la doctrina en que el estatuto aplicable, por regla general, es el contractual²¹¹. Es así pues, aunque concurra una simple aceptación entre paciente y médico o institución (pública o privada) -el uno acepta recibir el tratamiento indicado y el otro a prestarlo- este acto ya contiene todos los elementos esenciales del contrato²¹².

La excepción a esta regla viene dada por aquellos casos en que el paciente no ha podido consentir en el tratamiento (v.gr. ingresos en estado de inconsciencia) y cada vez que víctimas por rebote reclaman el daño reflejo sufrido en virtud de las lesiones o muerte de la víctima principal. En ambas hipótesis el estatuto aplicable será el extracontractual.

En definitiva, para dilucidar el estatuto aplicable debe verificarse si existe alguna figura contractual extensible²¹³ entre quien reclama el daño sufrido y aquel a quien se imputa su autoría. En todos aquellos casos en que lo anterior no sea posible, deberá recurrirse a la vía extracontractual.

Cabe señalar que se ha puesto de relieve que siendo los deberes de conducta a los que se sujetan los profesionales de la salud en el ejercicio de su profesión, idénticos tanto en sede contractual como extracontractual (salvo que se expliciten convencionalmente lo que es de escasa o nula ocurrencia) no habría inconvenientes normativos en otorgar libertad al paciente demandante para recurrir al estatuto que más conveniente le parezca²¹⁴. Esto se conoce como *cúmulo* o *concurso de responsabilidades* y pese a que, tal como lo ha señalado la doctrina, no vislumbramos ningún inconveniente frente a la opción, no existe una posición consolidada por parte de la Corte Suprema,

²¹¹ Véase Pizarro (2017), Domínguez (2010), Cárdenas (2010), Tapia (2003), Barros (2010), entre otros.

²¹² (Barros 2010, 666)

²¹³ No es necesaria la existencia de un contrato entre el paciente y cada uno de los médicos intervinientes en la operación o tratamiento. Así, por ejemplo, es posible extender el estatuto contractual cada vez que el médico contratante (jefe) se vale de un tercero especialista (v.gr. anestesistas, arsenaleros, enfermeros, etc.) para ayudarlo en el cumplimiento en la obligación. Por regla general, el médico jefe contrata con los demás especialistas que deben intervenir y los propone al paciente quien acepta. En este caso, existe una relación contractual entre el médico jefe y los demás especialistas, por lo que el primero, deberá responder frente al paciente por los daños ocasionados por los demás especialistas en virtud del artículo 1679 del CC, haciendo extensible el estatuto contractual a terceros ajenos a la relación principal.

²¹⁴ Así Barros (2010), Tapia (2003) y Pizarro (2017)

contándose en materia de responsabilidad médica con un fallo reciente, de escasa fundamentación, cuyo alcance es aún desconocido.²¹⁵

2. El contrato médico

2.1 Calificación del contrato

Parece mayoritaria la postura que señala se trata de un contrato en que resultan aplicables las reglas del mandato, por orden del artículo 2118 del CC, y supletoriamente las reglas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra (artículo 2012 del CC)²¹⁶.

Ante la amplitud de la remisión del artículo 2118 del CC que hace aplicable las reglas del mandato a los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios y la necesidad de recurrir a las normas del arrendamiento de servicios inmateriales, han surgido voces disidentes²¹⁷, apoyados por cierta jurisprudencia²¹⁸, que evidencian las inconveniencias -causadas por la impropiedad de su objeto e hipótesis de aplicación- de hacer extensible sus normas al contrato médico. Así Pizarro, siguiendo a doctrina de nombre Mantilla, señala que aun cuando la remisión no signifique calificarlo como un mandato propiamente tal, aquello no resuelve la orden de aplicar sus reglas en aquello que fuere pertinente, lo que dice sería únicamente posible en aquellas situaciones en que la prestación fuese el encargo de uno más negocios por cuenta y riesgo del mandante (i.e. paciente). No existiendo en ningún caso ese tipo de encargos en la práctica médica, se tiene que la aplicación de las reglas del mandato es siempre inapropiada²¹⁹ puesto que

«No parece adecuado entender que el médico realiza actos o negocios jurídicos por cuenta del paciente. El facultativo médico ejecuta prestaciones de índole médica que podemos

²¹⁵ «Waidele con Amari Pineda y Otros» Rol N° 31061-2014, Corte Suprema, 21 de marzo de 2016

²¹⁶ Así Alessandri Rodríguez (1941), Barros (2010), Domínguez (2010) entre otros.

²¹⁷ Pizarro Op.cit. y Cárdenas (2010)

²¹⁸ «Gajardo Orellana y otros con Servicio de Salud Talcahuano» Rol N° 21373-2015, Corte Suprema, 10 de marzo de 2016.

²¹⁹ (Pizarro Op.cit., 23)

calificar como obligaciones de hacer, lo que permite otorgarle la calificación, más bien, de contrato de servicios, en este caso, servicios médicos»²²⁰.

Se señala, además, luego de un análisis de los artículos que regulan el arrendamiento de servicios inmateriales (referidas entre otras cosas a obras artísticas, trabajos de escrituración, cantores, histriones y, las hipótesis de término de relación unilateral, cambio de residencia, retiro intempestivo, entre otras de naturaleza y alcance sumamente específico) que pese a que en algo pueda servir su estructura, resulta difícil que estas normas puedan ser útiles a la hora de regular la particular relación médico-paciente²²¹. Por tanto, se concluye idóneo calificar al contrato médico como un «genuino contrato atípico y complejo»²²², siendo atípico al no estar regulado en la ley como tipo contractual autónomo, y complejo al integrarse en su contenido obligaciones y derechos originados en la *lex artis* y en la voluntad del legislador.²²³

Se ha respondido a lo anterior «que sólo resultan aplicables aquellas disposiciones compatibles con la naturaleza de los servicios profesionales y que no correspondan a particularidades de la naturaleza del mandato»²²⁴ lo que, sumado al hecho que el artículo 2118 del CC no califica los servicios que regula como mandato y aún más prescinde de la representación como elemento integrante de los servicios, tornaría improcedente acudir al objeto del mandato y arrendamiento de servicios inmateriales como criterio de aplicación normativa²²⁵. Sin embargo, cabe destacar, que la defensa de la aplicación de estos tipos contractuales, nace del objetivo de determinar el régimen supletorio aplicable a los servicios profesionales y no de un intento de aplicación irreflexiva de estas normas.

Compartimos la calificación del contrato médico como uno atípico, complejo y con contenido propio, pero ello no puede significar obviar la letra de los artículos 2118 y 2012 del CC. Creemos que no se han dado razones de peso suficientes, más allá de las referencias al objeto del contrato, que permitan prescindir de su aplicación, al menos analógica, en aquello que sea pertinente²²⁶. Estimamos que es plausible considerar las normas del mandato y arrendamiento de servicios inmateriales como un régimen supletorio aplicable a la estructuración del contrato médico en todo aquello que no esté

²²⁰ Ibid., 22

²²¹ Ibid., 24

²²² Ibid.

²²³ (Ibid.)

²²⁴ (Brantt y Mejías 2016, 75)

²²⁵ (Ibid.)

²²⁶ (Barros 2012, 7)

regulado y exclusivamente en los casos en que aquellas no resulten incompatibles con la naturaleza de la relación concreta suscrita entre las partes, lo que no podría determinarse sino casuísticamente. De este modo sus normas podrían por ejemplo ser útiles si la litis dice relación con los honorarios debidos (v.gr. art.2117 CC). De todas maneras, reconocemos que en la actualidad la manera cómo se estructura la práctica médica y se regulan los servicios sanitarios, podría tornar virtualmente inaplicable tales preceptos al existir un fuerte componente imperativo impuesto por el legislador, lo que no obsta a que los tipos contractuales en cuestión puedan resultar útiles como insumo cuando exista dificultad en la construcción del contenido contractual en una etapa interpretativa.

De todos modos seremos enfáticos en señalar que creemos que en materia de responsabilidad médica, las normas del mandato y arrendamiento de servicios inmateriales no tienen ningún tipo de participación, con lo que descartamos de inmediato la pretendida alteración al inciso 3° del artículo 1547 del Código Civil que supondría la regla final del artículo 2158 del CC, bien pues la misma redacción del artículo apunta en esta dirección²²⁷, bien pues en consonancia con lo dicho, las normas relativas a la diligencia que debe emplear el mandatario y la responsabilidad que le cabe por desvíos imprudentes de las órdenes de su mandante, en nada concuerdan con la naturaleza de la relación médico-paciente, las prestaciones que ejecuta y los deberes a los que debe someterse el profesional sanitario en el cumplimiento de su obligación.

2.2. Contenido del contrato médico

a) Contenido imperativo introducido por el legislador

No es extraño que, en materias sensibles -como el ámbito de la salud- el legislador se inmiscuya en el campo contractual limitando el principio de libertad ya por razones de protección al contratante más desvalido, orden público, cumplimiento de mandatos constitucionales, entre otras. Ejemplo de aquello es, en parte, la Ley N° 20.584 «Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud» de 24 de abril de 2012.

Señala el artículo 1° su ámbito de aplicación.

²²⁷ «No podrá el mandante dispensarse de cumplir *estas* obligaciones (...)» (énfasis agregado)

Artículo 1. – Esta ley tiene por objeto regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.

Sus disposiciones se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado. Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales sanitarios y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud.

Si como señalábamos más arriba, es regla general en materia de atenciones de salud, la existencia entre el paciente y el prestador servicio sanitario (médico particular, un hospital público o una clínica privada) de un contrato, es paso lógico considerar que las disposiciones de la citada ley pasan a conformar parte del contrato médico como contenido imperativo.

En lo que interesa a la responsabilidad médica y en particular a este trabajo, resulta de especial relevancia la consagración legal de la llamada obligación de seguridad (art. 4), derecho a la información (arts. 8 y 10) y consentimiento informado (art.14). Brevemente y de manera general los trataremos en este acápite dejando la pormenorización de cada uno de ellos como obligaciones y deberes específicos de conducta para el capítulo final.

A) Obligación de seguridad.

La seguridad del paciente es uno de los fines perseguidos por las ciencias de la salud dando cuenta que el principio *primum non nocere* se encuentra tras cada uno de los actos médicos, siendo «el gran objetivo de la seguridad del paciente reducir el daño y secundariamente reducir el error»²²⁸. Así la Organización Mundial de la Salud define *seguridad* como «La reducción del riesgo de daño innecesario»²²⁹ a un mínimo aceptable», *seguridad del paciente* como «La reducción del riesgo del riesgo de daño innecesario asociado con la asistencia sanitaria a un mínimo aceptable», y *daño* como

²²⁸ (Dr. Rocco y Dr. Garrido 2017, 786)

²²⁹ Para clarificar que es «daño innecesario» recurriremos a un ejemplo. En una cirugía la incisión que realiza el médico con un bisturí podría considerarse un daño causado al paciente, sin embargo, este es necesario atendido (*continuación nota 63*) los objetivos perseguidos. Una caída del paciente de la camilla en que se está operando que causa una fractura, es un daño innecesario cuya ocurrencia debe prevenirse.

«Deterioro de las estructuras o funciones del cuerpo y/o cualquier efecto nocivo que surja de aquello. El daño incluye enfermedad, lesión, sufrimiento, discapacidad y muerte»²³⁰

A su vez en nuestro país dispone el artículo 4 de la ley 20.584

Artículo 4. – Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de *seguridad del paciente* y calidad de la atención de salud, referentes a materias *tales como* infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los pacientes, *errores en la atención de salud* y, *en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas*. Adicionalmente, toda persona o quien la represente tiene derecho a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de los daños que aquel haya ocasionado.

Las normas y protocolos a que se refiere el inciso primero serán aprobados por resolución del Ministro de Salud, publicada en el Diario Oficial, y deberán ser permanentemente revisados y actualizados de acuerdo a la evidencia científica disponible. (énfasis y destacado agregado)

Cumpliendo con el mandato establecido en la ley se ha dado lugar a la dictación de protocolos médicos que establecen conductas específicas que deben llevarse a cabo para la evitación de sucesos adversos, lo que resulta especialmente relevante para el ámbito de la responsabilidad médica.

El primer protocolo («Protocolo N°1») dictado por el Ministerio de Salud dispone que la seguridad del paciente es

Un proceso que se centra en el *conocimiento de los riesgos de eventos adversos* tanto del prestador institucional, prestador individual y del usuario, la *eliminación de los innecesarios* y la *prevención de aquellos que son evitables* a través de intervenciones *basadas en evidencia científica con demostrada efectividad* (énfasis agregado)

que los eventos adversos son

²³⁰ The Conceptual Framework for the international Classification for patient Safety WHO 2009, disponible https://www.who.int/patientsafety/taxonomy/icps_full_report.pdf al 22 de agosto de 2019 (traducción libre)

Una situación o acontecimiento *inesperado*, relacionado con la atención sanitaria recibida por el paciente que tiene, o puede tener, consecuencias negativas para el mismo y que no está relacionada con el curso natural de la enfermedad

y relacionado con los anteriores por lo inesperado de su ocurrencia, pero de mayor gravedad en sus consecuencias, se encuentran los eventos centinelas que el mismo Protocolo define como

Un suceso inesperado que puede producir la muerte o serias secuelas físicas o psicológicas, o el riesgo potencial de que esto ocurra.

Como se aprecia, el Protocolo N°1 complementa el artículo 4 de la Ley «exigiendo al médico un conocimiento relativo a los eventos adversos, impulsándolo a una conducta basada en la previsión y evitabilidad de los mismos»²³¹ señalándose que «lo que se evalúa es si podía prever la ocurrencia de un evento adverso y, en ese caso, si pudo haberlo evitado empleando una diligencia que le es exigible»²³² lo que reconduce a la problemática de la *lex artis*²³³

Claro es que no cada vez que un *evento adverso* o *centinela* acaezca se incurre en responsabilidad por parte del médico o institución sanitaria, pues existen riesgos inherentes al acto médico cuya materialización no responde siempre a un comportamiento culposo o negligente, sino más bien a la aleatoriedad propia de los accidentes inevitables cuya aciaga ocurrencia es connatural a la praxis médica que, en cuanto humana, no es infalible. De este modo, el análisis de la responsabilidad concurrente por infracción a la obligación de seguridad, debe considerar en primer lugar la previsibilidad del riesgo y posteriormente su evitabilidad dentro de lo razonablemente exigible al profesional o institución en las circunstancias específicas de su intervención (i.e. análisis en concreto) lo que, en cierto modo, complementando lo dicho más arriba, remite al conocimiento y a la técnica científica disponible en un momento determinado que permitiría la prevención de su materialización. Sólo luego de aquel análisis, si se pudiese concluir una negligencia en las prácticas de prevención, sería atribuible responsabilidad, tornándose plausible la pretensión indemnizatoria.

A la fecha, nueve protocolos²³⁴ han sido dictados, estableciendo cada uno de ellos conductas exigibles a los prestadores sanitarios. La existencia de esta normativa, desde el punto de vista del acreedor-paciente, es un gran alivio probatorio pues le dispensa de la titánica tarea de acreditar la *lex artis*

²³¹ (Pizarro Op.cit., 30)

²³² (Ibid.)

²³³ (Ibid.)

²³⁴ Resolución Exenta N° 1031 del Ministerio de Salud (22 de octubre de 2012)

exigible o de establecer previamente por vía contractual los deberes del profesional o institución sanitaria, permitiéndole recurrir a la figura de «culpa contra legalidad» o «culpa infraccional» donde el incumplimiento contractual se configura en virtud de una infracción a la normativa legal o reglamentaria vigente. Sin embargo, como podría resultar obvio, dichos protocolos no regulan ni disponen normativa para la infinidad de riesgos y *eventos adversos* o *eventos centinela* que la práctica médica acarrea (y que la norma exige prevenir²³⁵) y se han enfocado en la prevención de aquellos de más frecuente ocurrencia., dotando, en parte, de contenido a la *lex artis* de los médicos²³⁶ Por esto, estimamos que no puede calificarse de innecesario²³⁷ el recurso a la función interpretativa o integradora de la buena fe -descansando únicamente en la producción legislativa y reglamentaria- pues mediante aquel expediente y a través de un proceso interpretativo es posible construir las demás obligaciones y deberes exigibles que permiten la prevención de daños resarcibles que pueden acaecer con motivo de la prestación sanitaria. Pensamos que el artículo 4° no es unívoco al consagrar el derecho a que las normas y protocolos vigentes sean cumplidos, sino que como destacamos aspira además y *en general* a la evitación de todo tipo de *eventos adversos* (y entre ellos los *eventos centinela*) cuestión que va más allá del reconocimiento legal de la seguridad debida al paciente en atención a ciertos riesgos frecuentes que la praxis médica conlleva, fundándose su integración al contrato en presupuestos de la más alta estima constitucional y legal, como el derecho a la protección de la integridad física y psíquica de las personas, su dignidad intrínseca y el derecho a la promoción, protección y recuperación de su salud en la forma determinada por la Constitución y las leyes (v.gr. arts. 1, 19 N°1, 19 N°9 CPR; art.1546 CC y art.2 y 4 Ley N° 20.584).

Así, el contenido imperativo en materia de obligación de seguridad no acaba en el texto de los protocolos y normativa reglamentaria vigentes, sino que creemos que el legislador ha introducido mediante una fórmula de redacción amplia del artículo 4° de la Ley un mandato de seguridad enfocado en el análisis y prevención de fallas en la atención sanitaria que en todo aquello que no se encuentre cubierto por la normativa vigente, debe ser completado en un primer nivel por el propio profesional basado en sus conocimientos y capacidades clínicas y en un segundo nivel, en caso de disputa, por el juez mediante la evidencia aportada a la litis. Esto que, sin embargo, nos remite a la determinación

²³⁵ El uso de la fórmula «tales como» en el artículo 4° de la Ley confirma que la norma no se refiere a únicamente a las situaciones por ella descrita. «Tal» o «Tales» es un adverbio de modo cuyo significado es «así» y suele anteceder a oraciones comparativas introducidas por «como». Esto demuestra que los riesgos y eventos señalados en la ley son sólo ejemplificativos.

²³⁶ (Pizarro Op.cit., 31)

²³⁷ (Ibid., 28)

de *lex artis* exigible -cuestión que por regla general escapa a la labor legislativa- nos permite afirmar que el artículo en comento y el entendimiento que proponemos, podrían erigirse como argumentos suficientes, para a lo menos, concluir que sobre el profesional sanitario recae no tan sólo un deber ético de «mantener su capacidad clínica, conocimientos, habilidades y destrezas actualizados, y utilizar todos los medios técnicos y científicos a su alcance para lograr una atención óptima e integral de sus pacientes»²³⁸ sino un verdadero deber legal cuya contravención con efectos dañosos puede ser reparado mediante el mecanismo de la responsabilidad civil.

B) Derecho a la información y consentimiento informado

Ni en el Derecho comparado ni en el nacional se han planteado dudas acerca de que el deber de contar con el consentimiento informado del paciente es un requisito fundamental en todas las actuaciones médicas²³⁹. Se le ha llamado principio del consentimiento informado y su contenido prescribe que no se pueden realizar intervenciones quirúrgicas, tratamientos riesgosos o dolorosos sin el consentimiento ilustrado y libre del paciente²⁴⁰.

Sobre su importancia se ha referido la Corte de Apelaciones de Concepción, sosteniendo que

La información al paciente es el antecedente necesario e imprescindible que permite discurrir sobre la base del denominado ‘consentimiento informado’, siendo el objeto esencial de éste la protección de la autodeterminación o autonomía del paciente y, por ende, constituye per se un requisito del acto médico²⁴¹.

Son dos los aspectos de los que debe preocuparse el profesional sanitario para dar cumplimiento a su deber; por un lado, dar conocimiento al paciente de su estado de salud -diagnostico, alternativas de tratamiento y riesgos involucrados- y por otro, recabar su consentimiento para el tratamiento específico indicado, una vez que el afectado hubiere podido sopesar las alternativas. Así el deber de informar se erige como requisito previo al consentimiento del paciente.

²³⁸ Código de Ética del Colegio Médico de Chile A.G. (Art.13)

²³⁹ Algunos autores nacionales que le han dedicado páginas al consentimiento informado han sido Pizarro (2017), Barros (2010), y De la Maza (2010a, 2010b y 2017).

²⁴⁰ (Barros Op.cit., 682)

²⁴¹ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1473-2012, 30 de mayo de 2013. Citado por Pizarro (Op.cit., 42)

A modo de ejemplo cometería infracción al principio del consentimiento informado el profesional médico que, habiendo comunicado los riesgos y obtenido la manifestación de voluntad del paciente en miras a realizarse una rinoplastia, en pabellón, interviniere además su mentón.

También faltaría a su deber el médico que realizare una cirugía de extirpación del bazo sin señalar previamente al paciente que, sin la función que cumple dicho órgano en el sistema inmunitario, se incrementan los riesgos de sufrir infecciones en el futuro. Incumple aun cuando haya obtenido el consentimiento y realizado la intervención acordada y conforme a la *lex artis* pues, el paciente no ha sido debidamente ilustrado acerca de las consecuencias que podría acarrearle la intervención.

B.1. Fundamentos del deber de informar

El deber de informar se encuentra consagrado, al igual que la obligación de seguridad, en la ley N°20.584, cuyo artículo 8° señala que «Toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito». De todos modos, aun antes de la dictación de la mencionada ley no se planteaban dudas acerca de la existencia del citado principio en nuestro ordenamiento²⁴² pues, atendido el carácter contractual en la relación médico-paciente, se entendía pertenecer el deber de información a las obligaciones del contrato²⁴³, sirviéndose para ello el juez de la buena fe en su función integradora²⁴⁴.

Ahora bien, el fundamento basal de este principio es la protección a la autodeterminación del paciente, esto es, la posibilidad de las personas de controlar, en cierta medida, su propio destino a través de decisiones sucesivas a lo largo de sus vidas²⁴⁵ y es, de hecho, la idea que le da título al párrafo 7° de la citada ley. Así, siguiendo la idea de De la Maza²⁴⁶, la autodeterminación es el *interés* que se busca proteger; el *dispositivo* que se emplea para protegerlo es el consentimiento informado, y la *técnica*

²⁴² Así, antes de la publicación de la ley N° 20.584, pueden encontrarse fallos que se refieren al consentimiento informado como parte de las obligaciones del profesional médico. Véase Corte Suprema, Rol N° 5849-2009 y N°6779-2007, del 28 de enero de 2011 y 30 de marzo de 2009 respectivamente.

²⁴³ Se ha estimado también que al deber de información como una obligación precontractual que persigue ilustrar el consentimiento antes de la intervención médica. (Tapia 2003)

²⁴⁴ (Pizarro Op.cit., 42)

²⁴⁵ (De la Maza 2010a, 95)

²⁴⁶ (Ibid.)

que se utiliza para resguardar el consentimiento informado es la imposición de deberes de información a los profesionales de la salud.

B.2. Contenido del deber de informar.

El panorama es más bien claro hasta este punto: antes de someter al paciente a cualquier tratamiento o intervención quirúrgica, el personal sanitario debe ilustrarle acerca de su diagnóstico, las consecuencias de su enfermedad, alternativas de tratamiento y sus efectos con el objeto de que pueda decidir lo que quiera y crea conveniente^{247 248}.

Sin embargo, el panorama no es tan prístino a la hora de determinar cuál es el contenido de la información que se le debe prestar al paciente. La Ley N° 20.584 se limita a señalar en su artículo 10° que

Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

Si bien se pueden presentar variados problemas cuando no ha sido comunicado de manera adecuada el diagnóstico o las diversas alternativas de tratamiento, nos interesan particularmente aquellas dificultades que se siguen de la poca especificidad de la norma para efectos de determinar cuáles riesgos deben ser informados al paciente ¿está el médico obligado a comunicar todos aquellos posibles o sólo los más graves? ¿se le debiera señalar al paciente cualquier posible complicación aun

²⁴⁷ Brantt cit. en De la Maza (Ibid., 100)

²⁴⁸ Sin embargo, que el paciente tenga el derecho a que se respete su autonomía mediante el consentimiento informado no implica que se encuentre obligado a hacerlo sin guía alguna, al contrario, en virtud del principio de la beneficencia creemos que, así como lo señala Barros (Op.cit., 685), existe además del deber del médico tratante de informar, un *deber de aconsejar* al paciente las alternativas menos riesgosas y que mejor se compatibilicen con su condición. La autodeterminación no implica una negación del principio de beneficencia, sino solo a sus facetas paternalistas en que se imponga por sobre la autonomía del paciente para decidir sobre su cuerpo.

cuando su probabilidad de ocurrencia fuere tan baja que posiblemente solo tenga como efecto amedrentarlo de someterse a la intervención?

Para dar respuesta a dichas preguntas tampoco resulta de utilidad el Código de Ética médico, que en la letra b) de su artículo 24 se limita a señalar que el médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca de «El diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios, y el pronóstico de su enfermedad».

De la lectura de ambas normas y aplicando el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, podría tenerse por correcto que todos los riesgos han de ser informados, independiente de su gravedad o probabilidad de ocurrencia. Sin embargo, ha estimado la doctrina nacional que imponer tal carga a los profesionales de la salud sería una concepción poco realista del deber de información²⁴⁹, pues incrementaría de forma importante los costos de transacción y en ciertas circunstancias podría resultar incluso contraproducente para el mismo paciente. Existiendo entonces un cierto acuerdo acerca de que no todos los riesgos han de ser informados al paciente, se manifiesta Barros señalando que todo indica que «un riesgo de baja probabilidad y de moderada intensidad no tiene que ser informado²⁵⁰».

Sin embargo, aun así, no existe acuerdo en cuánto a cuáles riesgos específicos han de ser informados. Así, mientras para De la Maza la determinación se reconduce a los estándares de conducta exigibles al profesional médico – *lex artis*, que puede ser más o menos estricta dependiendo, por ejemplo, de si se trata de medicina voluntaria o de medicina curativa²⁵¹-, concepción similar a la de Barros que entiende que «el discernimiento práctico acerca de la extensión del deber de informar (culpa) y acerca de los efectos que se siguen de su omisión (causalidad) es necesariamente prudencial en muchos casos²⁵²» para Pizarro, en cambio, resulta inapropiado que sea el propio actuar de los médicos el que filtre la información que debe ser entregada a los pacientes. Ello permitiría «perpetuar conductas compartidas por los médicos que, sin embargo, contrarían la autonomía del paciente y su autodeterminación.»²⁵³

²⁴⁹ (De la Maza 2017, 124)

²⁵⁰ (Barros Op.cit., 684)

²⁵¹ La primera es aquella que no es terapéutica, tal como la cirugía estética, donde el paciente habría de tener mayor aversión a asumir riesgos que en una intervención que tiene por objeto tratar una enfermedad. Véase De la Maza (2010a, 107)

²⁵² (Barros Op.cit., 686)

²⁵³ (Pizarro Op.cit., 51)

Pizarro propone entonces un criterio más objetivo, donde no debe recurrirse a cómo habría actuado un profesional prudente de la misma especialidad, sino a qué riesgos están vinculados a la intervención quirúrgica respectiva conforme a los avances actuales de la ciencia²⁵⁴. Así, el contenido de la información queda fijado por la literatura médica atinente al tratamiento al que se ha sometido el paciente y el deber de informar se independiza de los estándares de conducta exigibles a los profesionales médicos para pasar a ser una obligación de resultado.

Ahora bien, no serán todos los riesgos que conforme a la literatura médica se puedan seguir de una intervención los que se deban comunicar, sino que, en la misma línea que la legislación francesa²⁵⁵ es necesario limitar los riesgos que deben ser informados a aquellos de frecuente ocurrencia en términos estadísticos y todos aquellos graves, pues son estos los que suelen determinar si el paciente se somete o no al tratamiento

B.3. La responsabilidad por la infracción al principio del consentimiento informado

Hecha esta breve revisión acerca del deber de información y el consentimiento informado resta referirse a las consecuencias derivadas de su infracción, es decir, respecto de que daños podrá perseguirse la responsabilidad del médico tratante que omitiere la comunicación completa de la situación de salud del paciente.

Debe señalarse que la infracción al citado deber cobra importancia cuando no existiere en la ejecución del acto médico una falta a la *lex artis* con resultados dañosos -de haberla, el nexo causal se establecería entre la acción negligente del médico y el daño, no entre este último y la omisión en la entrega de información - pues «la eventual omisión o defecto en la información suministrada al paciente pasa prácticamente desapercibida o, cuando menos, no alcanza autonomía para justificar por sí sola una reclamación de daños²⁵⁶». Por ello nuestro análisis se reducirá a dos escenarios; a) cuando no se informa un riesgo aparejado a la intervención y éste no se concreta y, b) cuando no habiéndose comunicado el peligro éste finalmente ocurre.

²⁵⁴ (Ibid., 52)

²⁵⁵ Ley N°2002-303, 4 de marzo de 2002

²⁵⁶ García Rubio, cit. en De la Maza (2010b, 132)

i) Riesgo no informado sin daño posterior

Atendido que el fundamento del consentimiento informado es la autodeterminación de los pacientes, es posible concebir que cada vez que se infrinja el deber de información existe una lesión a la autonomía del paciente y, existiendo aquella lesión, podría ser procedente la indemnización de perjuicios. Sin embargo, en este punto seguiremos a Pizarro

No cabe confundir la lesión a la autodeterminación, que refleja una condición de la responsabilidad civil en el sentido de que debe concurrir una afectación a un interés legítimo con el daño, elemento distinto e independiente, cuya fisonomía no se satisface con la pura afectación a la referida autodeterminación. Además, aunque desde otra perspectiva argumentativa, el daño requiere una entidad o, más claro aún, meras molestias o vulneraciones a determinados derechos pueden quedar sin indemnización si uno considera que la entidad de la lesión al interés comprometido no tiene la magnitud que amerite la indemnización en clave de responsabilidad civil²⁵⁷

ii) Riesgo no informado con daño posterior

Sabemos bien que para efectos de poder perseguir la responsabilidad civil del médico tratante requeriremos al menos de tres cosas²⁵⁸: el incumplimiento, la causalidad y el daño. Todos estos elementos presentan ciertas particularidades en la materia que nos compete, pero nos avocaremos a las dos últimas por presentar mayores dificultades.

a) La causalidad

La infracción al deber de informar puede presentarnos problemas por el hecho de tratarse de una omisión, de manera que no es posible satisfacer la causalidad natural mediante su supresión hipotética. Ello obliga a que habitualmente -en el intento de establecer el nexo causal entre la

²⁵⁷ (Pizarro Op.cit., 48)

²⁵⁸ Considerando dicho deber como una obligación de resultado y, por tanto, objetiva.

infracción y el daño que deriva de la intervención- se deba acudir al procedimiento inverso, este es, la causalidad hipotética, que trata de discernir si añadiendo un determinado hecho la conducta se hubiere evitado. Una vez realizada dicha operación señala De la Maza que pueden darse dos resultados:

El primero de ellos es que si el médico hubiese informado al paciente los riesgos de la intervención éste último igualmente se habría sometido a ella. En ese caso, suele aceptarse, el requisito de la causalidad hipotética falla. Por el contrario, si se asume que, habiendo recibido el paciente la información, no se hubiese sometido a la actuación médica que, en definitiva, produjo el daño, se entiende cumplido el requisito de la causalidad²⁵⁹.

En el caso que, tras realizarse el ejercicio anterior, se concluya que el paciente habría estado de acuerdo en someterse a la intervención aun cuando hubiere conocido el riesgo, y por causa de ello se descarte la responsabilidad del médico tratante, nos hallamos frente al llamado ‘consentimiento hipotético’ o ‘conducta alternativa conforme a derecho’²⁶⁰. Respecto a este medio para tener por satisfecho el deber de obtener la manifestación de voluntad del paciente, ha dicho Pantaleón Prieto

No puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso²⁶¹.

Sin embargo, existen voces contrarias a la aplicación del consentimiento hipotético en la responsabilidad médica, en aquel sentido Pizarro, señala que -como en toda presunción – para efectos de dar por probado que se habría prestado el consentimiento – el hecho presumido- hace falta un hecho base, ausente en el caso que tratamos, pues lo único verídico es que el paciente no fue informado.²⁶² Además entiende que

El consentimiento hipotético desprecia la autodeterminación del paciente, al cual recurren en tanto fundamento, y en forma bastante compartida, la doctrina local y también los tribunales. (...) El consentimiento hipotético redunda en forma inexorable en un patrón de

²⁵⁹ (De la Maza 2010b., 136)

²⁶⁰ Entre los autores nacionales que entienden aplicable el consentimiento informado a esta materia se encuentra también Barros (Op.cit., 407)

²⁶¹ Pantaleón Prieto cit. en Pizarro (Op.cit., 59-60)

²⁶² (Pizarro Op.cit., 65)

conducta abstracto que permite por estadística determinar la voluntad ante la información del riesgo informado. La información sólo tendría interés en el evento en que pueda cambiar la opinión del paciente.²⁶³

Concordamos con el autor en lo que señala que de aceptarse el consentimiento hipotético reducimos el deber de informar a tan solo unas migajas, pues resultaría necesario que se informen únicamente aquellos riesgos que un modelo abstracto de paciente posiblemente no estaría dispuesto a asumir²⁶⁴. Si bien creemos que el artículo 10 de la Ley N° 20.584 no supone que se informen todos los riesgos que puedan derivarse de un acto médico, nos parece que una visión que tenga por resultado reducir a tal grado la información, lesiona el fundamento mismo de la norma, vale decir, la autodeterminación del paciente.

b) El daño

Un último punto para tratar es, una vez infringido el deber de información y que se ha verificado el riesgo no informado ¿cuál es el daño que se le imputará al profesional? Hay tres formas de contestar esta pregunta; a) todo el daño que resulte de la intervención, b) el daño por la pérdida de oportunidad o de una chance y, c) imputarle el daño moral que se sigue de la lesión a la autodeterminación del paciente. Respecto a este último supuesto, nos remitiremos a lo dicho más arriba en relación a la falta de entidad suficiente de la lesión a la autodeterminación como fundamento de la reclamación de perjuicios cuando no existe otro daño de entidad suficiente aparejado.

b.1) La imputación de todo daño

Es posible imputar al médico tratante la responsabilidad por todos los daños que sean consecuencia de la intervención o tratamiento mediante dos vías; la primera, concluir mediante la agregación hipotética de un evento -la comunicación del riesgo al paciente- que no se habría prestado el consentimiento y, la segunda, entender que el consentimiento informado opera no solo como medio

²⁶³ (Ibid., 69)

²⁶⁴ (Ibid.)

para proteger la autodeterminación del paciente, sino también como forma en la que éste se hace cargo de los riesgos inherentes a la intervención. Esto último implica que, cuando «el paciente desconoce sus riesgos ex ante, no los puede asumir, quedando los mismos a cargo exclusivo del médico actuante.»²⁶⁵.

Cabe señalar que la primera alternativa puede presentar mayores inconvenientes que su par, atendida la dificultad de determinar con alguna certeza de qué forma se habrían desarrollado los eventos de haberse conocido el riesgo por el paciente.

*b.2) La imputación por la pérdida de oportunidad de que el daño no hubiera acaecido*²⁶⁶

Tiene la virtud de evitar encrucijadas en materia de causalidad que se siguen de perseguir la responsabilidad por todos daños -pues no resulta necesario establecer el nexo causal entre una hipotética negativa del paciente a someterse a la intervención de haber conocido todos los riesgos y los daños- y de ser un camino intermedio que permite indemnizar cierta proporción del daño sufrido en los casos en que existen dudas acerca de cuál habría sido el actuar del paciente de haber recibido información completa²⁶⁷. De esta manera la indemnización se calcularía por sobre el monto de los daños totales en la proporción en que estimare el tribunal probable que se hubiere rechazado la intervención. En otras palabras

La teoría de la pérdida de oportunidad es, por tanto, una forma de gestionar la inseguridad causal a efectos indemnizatorios y de dar relevancia a la probabilidad de cara a establecer una indemnización inferior a la cuantificación del daño final sufrido²⁶⁸.

²⁶⁵ Galán citado en Pizarro (Op. cit)

²⁶⁶ Para mayor profundización Véase “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario” (Asua 2013)

²⁶⁷ (Asua 2013, 155)

²⁶⁸ (Ibid.)

C) Lex artis

Dentro del contrato médico se encuentra una prestación de hacer cuyo contenido se construye sobre la base de la aplicación de las reglas generales de los contratos «especialmente las del artículo 1546 y las leyes del arte médico (lex artis)»²⁶⁹. El médico, en virtud del contrato se obliga a prestar sus servicios profesionales proporcionando al paciente «todos los medios curativos de que disponga y que sean adecuados, según el estado actual de la ciencia médica»²⁷⁰ sometiéndose al respecto a las reglas pertinentes del oficio. Son estas reglas las que conforman la *lex artis*, que ha de ser entendida como el conjunto de prácticas y procedimientos médicos aceptados en función de la evidencia científica disponible que el médico debe aplicar en el ejercicio de su arte, debiendo prudencialmente ajustarlas de acuerdo al caso específico, lo que se conoce como *lex artis ad hoc* que ha sido definida como

aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características del autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor, y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado o intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias y requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado).²⁷¹

En un sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema señalando

«Que las acciones de salud corresponden sean desarrolladas conforme a la Lex Artis Médica, que constituye el parámetro de comparación de la actividad desplegada por los médicos, caracterizada como una obligación de previsión, asistencia diligencia, cuidado y garantía del respectivo facultativo. A lo anterior se añade, como patrón de comparación, que dicha prestación se realice en los términos exigidos para un profesional médico promedio, que se eleva cuando se está ante un especialista, puesto que en ese caso se evalúa como un especialista promedio. En todas las acciones de salud en que toma parte, su

²⁶⁹ (Vidal 2002, 4-5)

²⁷⁰ (Ibid., 5)

²⁷¹ (Martínez 1988, 162)

conducta se valora desde un punto de vista de un profesional o especialista prudente, diligente, perito en su especialidad y que actúa observando los reglamentos que le son exigibles, teniendo presente las circunstancias del caso, especialmente de tiempo y lugar. La valoración en abstracto de la culpabilidad se encamina a una variable con ribetes concretos, con lo cual se las conjuga para obtener una decisión más justa²⁷²

Con base en lo citado podemos señalar que cualquier apartamiento del profesional sanitario de la *lex artis* exigible debe ser calificado como un comportamiento culposo, pese a que la conducta no esté determinada en la ley, pues el comportamiento al cual debe sujetarse es exigible en cuanto a su especial condición de profesional²⁷³. A su vez y relacionado, debe ser dicho que en un juicio de responsabilidad la conducta del médico debe ser valorada en atención a las circunstancias exógenas que rodean al acto médico en sí, es decir, que el modelo abstracto del profesional diligente promedio, debe concretizarse atendido el momento, el lugar y el grado de especialización del médico interviniente. De ahí que el grado de diligencia y cuidado exigible a un especialista con años de estudio, que interviene en un procedimiento en una clínica de altos recursos, de elevada tecnología y con meses de programación es mayor al que se le exige a un médico general, recién titulado, que interviene en establecimientos de recursos escasos y en una urgencia.

¿Cuál es el contenido de la *lex artis*? La idea de «leyes del arte» o «reglas del oficio» evoca la idea de usos o prácticas repetidas a lo largo del tiempo, esto es, la costumbre, que moldea el comportamiento del profesional frente a determinada situación. No obstante, el avance de la ciencia, y más aún de la ciencia médica puede tornar insuficiente e incluso inapropiada la costumbre, siendo en la actualidad los protocolos médicos los que mayormente dan contenido a la *lex artis*²⁷⁴ (un fallo de la Corte Suprema se refiere a «protocolo constitutivo de la *lex artis*»²⁷⁵). Sin embargo, los protocolos médicos no deben entenderse únicamente como aquel instrumento fruto de la potestad reglamentaria (del Ministerio de Salud en el plano local) - similar a los protocolos relativos a la obligación de seguridad tratada más arriba, que por cierto dotan de contenido a las reglas del oficio y cuya contravención puede ser entendida como culpa contra legalidad o infraccional- sino también publicaciones, *papers* en revistas científicas de razonable prestigio, congresos y conferencias donde se da cuenta del avance en un determinado ámbito, que el profesional debe propender a conocer, sobre

²⁷² Corte Suprema “Wagemann Morales con Vidal García-Huidobro, Rol N° 5849-2009 de 28 de enero de 2011

²⁷³ (Pizarro Op.cit., 34)

²⁷⁴ (Ibid., 36)

²⁷⁵ (Valdivia 2018, 1032)

todo atendiendo a su área de especialidad ya en virtud de un deber ético ya de un deber legal – como hemos sugerido-. Esto no debe, sin embargo, llevar a pensar que el profesional debe estar siempre al corriente de la ciencia médica más avanzada o de los descubrimientos recientes cuya difusión es escasa, sino que debe aplicarse un «criterio de razonabilidad en cuanto al acceso y práctica de esos conocimientos»²⁷⁶ puesto que la exigencia de actuar conforme a *lex artis* que recae sobre el profesional no es sino desde el punto de vista contractual una obligación de medios (o de diligencia) que se ve satisfecha cada vez que el médico en su comportamiento respeta las reglas del oficio, esto pues por regla general, el médico no se obliga a lograr la recuperación de su paciente, sino únicamente a emplear todos los procedimientos y cuidados según el estado del arte, que naturalmente es cambiante, y que por tanto lo obligan a ser diligente en la actualización de sus conocimientos.

3. Responsabilidad por incumplimiento del contrato médico

3.1. Responsabilidad por culpa

a) Error médico y culpa médica

Hemos dicho que cada vez que el profesional sanitario se aparta de la *lex artis* su comportamiento debe ser calificado como culposo, aun cuando la conducta específica no esté determinada en la ley. La obligación del médico consiste en poner a disposición del paciente todos los conocimientos y técnicas disponibles con el objetivo de lograr la sanación o recuperación mediante el tratamiento pertinente. Eso, empero, no significa que el profesional se obligue a la sanación o recuperación, sino más bien, se obliga a desplegar una actuar diligente cuyo contenido importa adecuar su comportamiento a las reglas propias de su profesión, esto es la *lex artis*, sin comprometer un resultado exitoso en sus intervenciones, salva escasas y calificadas excepciones. Sin embargo, existen situaciones en las que, pese a adecuarse la conducta a los parámetros de la *lex artis*, se ocasiona un daño, lo que se denomina *error médico* (también denominado como *accidente médico* o *riesgo terapéutico*). En estos casos no existe impericia, imprudencia ni prácticas contrarias al buen arte, sino

²⁷⁶ (Pizarro Op.cit., 39)

un evento de probable ocurrencia, que la misma *lex artis* indica como posible y que sugiere que «cualquier otro profesional en las mismas condiciones comete la equivocación»²⁷⁷ lo que impide el reproche, debiéndose aceptarse que existen riesgos inmanentes, relativos tanto a la práctica médica como a la enfermedad misma que, sin importar los esfuerzos vertidos por los profesionales, pueden desencadenar resultados dañosos que no nacen del incumplimiento contractual. Ejemplos de lo anterior son ciertas infecciones intrahospitalarias, reacciones inusuales a algún medicamento, alergia a la anestesia y posterior deceso, entre otras.

b) Obligaciones de medios

Tradicionalmente se ha dicho que las obligaciones de dar son de resultado, que las de hacer pueden ser de medios o de resultado y que las de no hacer son de resultado atendiendo al interés que se busca satisfacer al momento de contratar. Así señala Barros que las obligaciones pueden ser de medios (de actividad o diligencia, indistintamente) o de resultado según sean las expectativas que el derecho cautela a quienes hacen el encargo. De este modo, se contraen obligaciones de medios cuando el deber del profesional es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, sin asumir el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido y obligaciones de resultado cuando el profesional se obliga a proporcionar el beneficio específico que el paciente pretende obtener²⁷⁸.

Existe acuerdo en que, por regla general, el médico contrae obligaciones de medios, pues se encuentran únicamente obligados a desplegar conductas diligentes y a actuar con el debido cuidado prescrito por las reglas de la *lex artis* con miras a lograr el interés del paciente y que sólo excepcionalmente se obligaría a la obtención de un resultado determinado.

De este modo «la diligencia constituye el elemento esencial y único que define la frontera entre la ejecución satisfactoria de la obligación o, en cambio su incumplimiento»²⁷⁹ por tanto, del hecho de no obtenerse el interés o beneficio perseguido por el paciente no puede concluirse el incumplimiento contractual, o dicho en otras palabras, «no puede concluirse que el profesional médico incumple sus

²⁷⁷ (Ibid., 79)

²⁷⁸ (Barros 2010, 658)

²⁷⁹ (Pizarro Op.cit., 80)

obligaciones por la sola circunstancia que el desenlace haya sido insatisfactorio para el paciente, que no se haya producido la curación o que la actuación médica haya conducido a la muerte del mismo»²⁸⁰.

Clarifica el punto la explicación sobre los diversos roles que cumple la diligencia según se trate de obligaciones de medios o resultado. La diligencia puede cumplir una función *integradora* o *promotora* de la obligación. Es *integradora* cuando esta forma parte del contenido de la prestación, de modo que, si el deudor ejecuta la prestación con diligencia, cumple, y, por tanto, de nada debe responder. Por el contrario, si es negligente, incumple y en consecuencia debe responder. Este es el rol que cumple la diligencia en las obligaciones de medios. Por otro lado, se dice que la diligencia es *promotora* cuando el comportamiento diligente hace factible la ejecución de la prestación, es decir, prepara o deja en disposición para el cumplimiento. Esta función de la diligencia se encuentra tanto en las obligaciones de medios como de resultado, y la culpa, excluye el caso fortuito impidiendo la extinción de la obligación y la exoneración de responsabilidad. Esto significa, desde luego, que en una obligación de resultado si el caso fortuito sobreviene inculpablemente se producirá el efecto extintivo y liberatorio de la obligación, pero también en una obligación de medios aun evidenciándose culpa no necesariamente se va a responder si es posible acreditar un caso fortuito inculpable²⁸¹.

En este sentido, si bien estamos de acuerdo con aquella postura que señala que el fundamento de la responsabilidad es el incumplimiento y no la culpa²⁸², debiendo prescindirse del análisis de esta como condicionante de la procedencia de los distintos remedios contractuales, eso no significa desconocer el hecho de que, en las obligaciones de medio, la culpa «constituye parte de la noción de incumplimiento»²⁸³. Por tanto, para concluir el incumplimiento contractual de una obligación de actividad es condición la negligencia del médico, lo que significa que en este tipo de obligaciones este elemento -la culpa- «viene a identificarse con el incumplimiento»²⁸⁴ teniéndose que «si la obligación es de actividad, y ha faltado la culpa, el deudor no responde, pero no exactamente por que faltó la culpa, sino porque al actuar con diligencia cumplió, y si hay cumplimiento no hay responsabilidad»²⁸⁵. Esta manera de entender las cosas podría sin embargo chocar con el tradicional

²⁸⁰ (Vidal Op.cit., 4)

²⁸¹ (Peñailillo 2009, 341-343)

²⁸² Véase en este sentido, Baraona (1997); Peñailillo (2009); Vidal (2007)

²⁸³ (Pizarro Op.cit., 83)

²⁸⁴ (Peñailillo 2003, 229)

²⁸⁵ (Peñailillo 2009, 343)

entendimiento del inciso 3° del artículo 1547 CC como presunción de culpa ante el incumplimiento, pues para que operase la presunción el acreedor debería probar el incumplimiento lo que, en las obligaciones de medio, según dijimos, es lo mismo que probar la culpa o negligencia. Sin embargo, creemos que dicho artículo más que establecer una presunción lo que hace es solucionar un problema de distribución de cargas probatorias y además se refiere únicamente a la diligencia en su faceta *integradora*, lo que significa que la prueba de la diligencia sólo exonerará de responsabilidad en las obligaciones de medio y no en las de resultado, donde sin embargo deja la puerta abierta a la prueba del caso fortuito que, una vez acreditado, tendrá el efecto extintivo liberador.

De acuerdo con lo anterior, seguimos lo dicho por Peñailillo quien recurriendo a la regla general de la carga de la prueba del artículo 1698 CC, resuelve que -correspondiendo probar la existencia de la obligación a quien la alega y lo mismo respecto de su extinción- si el acreedor (paciente) alega que el deudor (médico) fue negligente (i.e. incumplió) y este alega que fue diligente (i.e. que cumplió), es este último quien debe probar su diligencia, pues en definitiva, al afirmar su cumplimiento no hace otra cosa que señalar que extinguió la obligación (mediante el pago) sin importar que un resultado esperado no se haya producido²⁸⁶. Esta solución, creemos, es la única coherente con el inciso 3° del artículo 1547 del CC enfático en señalar que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo» que en este caso no es otro que el profesional que ha contraído una obligación de medios. En consecuencia, el acreedor demandante deberá probar la existencia del contrato médico y afirmar su incumplimiento, forzando al deudor demandado a probar su extinción que «no es más que el cumplimiento de la misma»²⁸⁷

Por esto no compartimos la opinión de Barros²⁸⁸ quien señala que, probada la existencia del contrato por el acreedor demandante, el deudor demandado afirmará que las prestaciones médicas efectivamente realizadas extinguen la obligación señalando que no se le puede hacer responsable por no conseguir el resultado esperado pues su obligación es de medios. Según el autor, esto llevará el juicio a la discusión de si tales prestaciones médicas pueden ser tenidas por cumplimiento de lo debido, esto es, si satisfacen el estándar de conducta exigible²⁸⁹ lo que significa que

²⁸⁶ (Peñailillo 2003, 228-229)

²⁸⁷ (Pizarro Op.cit., 89)

²⁸⁸ En sentido similar Cárdenas (2010), Domínguez (2010) y Tapia (2003)

²⁸⁹ (Barros 2010, 659)

En consecuencia, a pesar de que la ley dispone claramente que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo” (artículo 1547 III), la pretensión del demandante sólo prosperará si logra que el juez tenga por probado que la conducta invocada por el médico como un acto extintivo de la obligación no ha observado los estándares de cuidado requeridos. En otras palabras, la situación estratégica de las partes es análoga en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios a la de un juicio de responsabilidad extracontractual regido por el estatuto general de la culpa probada, porque, en uno y otro caso, quien demanda soporta el riesgo de que no sea posible mostrar la negligencia del demandado²⁹⁰

A lo que añade

El demandante, salvo los casos groseros de culpa que constituyen hechos públicos y notorios, tendrá que mostrar que los exámenes, alegados por el demandado como actos de cumplimiento, fueron insuficientes atendidos los síntomas del paciente, que el diagnóstico no responde a los estándares profesionales exigibles u otra negligencia semejante. Así, la distinción entre obligaciones de medios y resultado tiene ‘a lo menos un valor sugestivo’, porque muestra que la prueba de la culpa no se plantea siempre de la misma manera en los distintos tipos de obligación, pues mientras es inequívocamente presumida en las obligaciones de resultado, usualmente debe ser probada en las de medios²⁹¹

Estimamos que esta postura subvierte el correcto entendimiento de las obligaciones de medios, de las obligaciones de resultado, donde la culpa no puede ser «inequívocamente presumida»²⁹² y también de los artículos 1547 inc. 3º y 1698 CC. Es así, pues para acreditar el cumplimiento no basta con la mera aportación de prueba que dé cuenta únicamente de las prestaciones médicas realizadas - exámenes, diagnóstico y tratamientos- (diligencia *promotora*) y no de su conformidad a las prescripciones de las reglas del arte (diligencia *integradora*). En efecto, en las obligaciones de medio al obligarse el médico a un actuar diligente, es precisamente él quien debe probar que las prestaciones realizadas satisfacen el estándar de conducta exigible, no resultando suficiente la realización de *cualquier* prestación para dar por establecido el cumplimiento, por lo que es preciso que aquellas efectivamente sean las idóneas según las indicaciones de la *lex artis*. Por tanto, es el médico quien

²⁹⁰ (Ibid., 660)

²⁹¹ (Ibid., 660-661)

²⁹² Al menos no en el sentido que el autor pretende puesto que presencia o ausencia de culpa no determina la efectiva ejecución de la prestación, sino que únicamente determina la pertinencia de la alegación del caso fortuito.

soporta el riesgo de no probar su diligencia, pues de no hacerlo, se lo tendrá por incumplidor y, en consecuencia, deberá responder. Cosa distinta al resultado de la aplicación correcta de las cargas probatorias y de la determinación de quien soporta el riesgo de no probar determinado aserto, es que por cuestiones de estrategias procesales en la litis pueda resultar inconveniente para los intereses del paciente demandante quedarse en la pasividad mientras su contendor aporta toda la prueba en el juicio. Estimamos que una estrategia correcta por parte del demandante debe considerar aportar prueba tendiente a demostrar la negligencia del demandado, pero, sin embargo, recalamos, esto es muy distinto a que, por una táctica distinta a la sugerida, la ausencia de prueba del demandante en torno a la negligencia signifique un riesgo que este debe soportar aún si el profesional demandando no ha probado su diligencia.

3.2 Responsabilidad objetiva

a) Obligaciones de resultado

Al tratar las obligaciones de medios, habíamos dicho que las obligaciones de resultados son aquellas en donde el deudor se obliga a otorgar el interés específico que el acreedor pretende obtener, lo que significa que, en este tipo de relación lo debido no es simplemente un actuar diligente y que «la diligencia o ausencia de ella resulta irrelevante a la hora de determinar la ejecución de la obligación colándose sólo a propósito de la resistencia relativa a la fuerza mayor o vinculada al hecho del acreedor»²⁹³.

Aun así, autores como Barros²⁹⁴, sugieren que las obligaciones de resultado deben ser entendidas como presunción de culpa, lo que sugiere aplicar inciso 3° del artículo 1547 CC únicamente a este tipo de obligaciones²⁹⁵. Tal entendimiento lleva a concluir que, acreditado el incumplimiento por el demandante, la culpa se presumiría y el deudor demandado que no quisiere responder, debería

²⁹³ (Pizarro Op.cit., 98)

²⁹⁴ (Barros 2010, 660)

²⁹⁵ Igual idea en Cárdenas Op.cit. quien además señala que el artículo en cuestión aplicaría únicamente a la obligación de entregar y conservar una cosa (vid. 53)

desvirtuar la presunción que pesa en su contra probando su diligencia. Si logra probar la diligencia, aún si el resultado comprometido no se obtuvo, el deudor quedaría liberado de responsabilidad.

Volviendo sobre las funciones de la diligencia, hemos dicho que, en las obligaciones de resultado, esta sólo aparece en su función *promotora* puesto que, esta no está *in obligatione* ya que lo comprometido no es un actuar diligente sino la consecución de un resultado determinado.

Por esta razón, es a lo menos, contradictorio señalar que una obligación de resultado es aquella donde «el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener»²⁹⁶ y luego sugerir que este podría exonerarse de responsabilidad pese a no otorgar el beneficio preciso al cliente probando únicamente un actuar diligente. Incluso, yendo más allá de las obligaciones profesionales y médicas, este entendimiento podría llevarnos al absurdo de considerar que en las obligaciones de dar un cuerpo cierto (donde lo comprometido es el *resultado* de, al menos, la pérdida de posesión para el tradente y la adquisición por el adquirente) el deudor podría liberarse de la obligación y extinguirla probando su diligencia, aun cuando no haya entregado la cosa, lo que contraría abiertamente el sentido de los artículos 1567 (donde la prueba de la diligencia no figura como modo de extinguir), 1670 y 1672 CC que disponen la extinción de la obligación únicamente cuando el cuerpo cierto perece por causa ajena al deudor, y que en caso de perecimiento culposo, la obligación subsiste pero varía de objeto, lo que fuerza a concluir que la prueba de la diligencia únicamente abre la puerta a la alegación de causa extraña, mas no al efecto extintivo-liberador de la obligación. Igual de improcedente resulta exonerar al abogado que no presenta un recurso dentro de plazo, y que por aquello pierde el juicio, en base a la prueba de un actuar diligente, o exonerar al médico que por no realizar un simple examen de sangre -que como se verá es una obligación de resultado- limita las opciones de sanación de su paciente. En ambos casos, no se vislumbra cómo la diligencia podría ser argumento suficiente para destruir la fuerza obligatoria del contrato que sujeta al deudor a prestaciones que se ven satisfechas únicamente en cuanto su actuar resulte en una efectiva modificación de la realidad material o jurídica.

De este modo, siendo la causa extraña la única forma de liberación del deudor, tratándose de obligaciones de resultado se instaura un genuino régimen de responsabilidad objetiva en materia contractual²⁹⁷ para cuya recepción, salvo la timidez en su reconocimiento por parte de la

²⁹⁶ (Barros Op.cit., 658)

²⁹⁷ (Pizarro Op.cit., 99)

jurisprudencia, no vemos ningún inconveniente, ni siquiera de texto. Para esta lectura de la responsabilidad en clave objetiva, seguimos a Peñailillo^{298 299} quien concluye, a partir de un análisis del articulado pertinente, que no hay texto legal que exija culpa como requisito de procedencia tanto del cumplimiento en especie como en equivalente ni para la indemnización de perjuicios (vid. arts.1556-1559 CC) señalando que

el deber de cumplir la obligación contractual tiene su fundamento en el contrato mismo; y requerir aparte de contrato incumplido la culpa del deudor significaría exigir un nuevo (entonces doble) fundamento para la pretensión de cumplimiento, e implicaría concluir que el vínculo contractual válidamente asumido por sí solo sería insuficiente para exigir lo estipulado³⁰⁰

Lo anterior es de toda lógica si consideramos que el efecto de fuerza obligatoria de los contratos recogido por el artículo 1545 CC no precisa de la culpa como fundamento de la exigibilidad contractual, sino que este es autosuficiente dado que en su propia constitución descansa su exigibilidad. De no ser así entonces ¿a qué obliga el contrato?

Por último, siguiendo a Pizarro, tenemos que es posible aceptar que conviven en nuestro ordenamiento dos regímenes. Uno donde la culpa constituye fundamento de la responsabilidad (artículo 1547 CC) y otro cuyo fundamento debe encontrarse en el artículo 1556 CC, donde la diligencia no es *integradora* de la noción de cumplimiento (al señalar los tipos de incumplimiento no habla de culpa) si no tan sólo promotora del mismo, haciéndola irrelevante al definir su ejecución y las consecuencias del incumplimiento, estableciendo como causales de exoneración únicamente las causas extrañas³⁰¹

b) Calificación de la obligación como de resultado

Pese a que en su mayoría las obligaciones que contrae el médico pueden ser calificadas como de medios, existen por excepción, otras que cabe definir como de resultado. Así la Corte Suprema en el

²⁹⁸ (Peñailillo 2009)

²⁹⁹ En igual sentido Baraona (1997)

³⁰⁰ (Peñailillo Op.cit., 337)

³⁰¹ (Pizarro Op. cit., 99)

caso «Treizman Sacks y otros con Clínica Las Condes S.A. y otro» señaló en el considerando vigesimoquinto

«el médico se encuentra obligado a cumplir tres obligaciones de resultado, a saber, la obligación de información, la obligación por los materiales y productos, y la obligación de resultado por exámenes y análisis simples, ya que los diagnósticos y exámenes médicos están sujetos a la interpretación que debe hacer el profesional de su alcance y posibles efectos»³⁰²

Y en otro fallo³⁰³, señaló que una cirugía estética importa una obligación de resultado puesto que se trata de una intervención estética y no terapéutica cuyo propósito es causar un mejoramiento en la armonía corporal del paciente o corregir defectos físicos que no constituyen enfermedad, infiriéndose que la obligación contraída no se satisface únicamente con la aplicación de la *lex artis* sino con la obtención del resultado convenido³⁰⁴

Hemos dicho que el médico contrae obligaciones de resultado de manera excepcionalísima, pues la intervención de «un fuerte elemento aleatorio en la prestación médica (la posibilidad que tiene el paciente de recuperar la salud) excluye como regla general toda garantía de resultado, puesto que no puede entenderse que el médico se compromete a algo que va más allá de su alcance»³⁰⁵. De esta manera, las obligaciones médicas de resultado pueden tener como fuente la convención -el contrato médico- y la naturaleza de la obligación a la que se somete el médico³⁰⁶

Desde el punto de vista convencional, el médico puede obligarse a obtener determinado resultado, por ejemplo, mediante una cirugía estética, señalando que extirpará una giba nasal mediante una rinoplastia que armonizará las facciones o que implantará determinada prótesis mamaria a petición del paciente y fuera del ámbito de la cirugía satisfactiva -donde pese a ciertas opiniones disidentes³⁰⁷ existe mayoría doctrinaria y jurisprudencial que señala que se trata de una hipótesis típica de

³⁰² Corte Suprema «Treizman Sacks y otros con Clínica Las Condes S.A. y otro» Rol N° 5883-2012, 5 de junio de 2013.

³⁰³ Corte Suprema «Gajardo Orellana, Katherina con Stevens Mora, Patricio y Servicio de Salud de Talcahuano» Rol N° 21373-2015, 10 de marzo de 2016.

³⁰⁵ (Tapia Op.cit)

³⁰⁶ (Ibid.)

³⁰⁷ (Garay 2006)

obligación de resultado- cuando el médico se compromete personalmente a asistir a determinado acto, por ejemplo, al parto.³⁰⁸

Sin embargo, como es lógico pensar, es de extraña ocurrencia que el médico por voluntad propia se someta a una obligación cuya satisfacción sólo se obtiene proporcionando el específico interés perseguido por el paciente, por lo que la mayor fuente de este tipo de obligaciones viene dada por la naturaleza de la prestación, sobre todo en aquellas en que su ejecución no depende de elementos externos³⁰⁹. Por eso no es extraño que la Corte Suprema haya calificado en el primer fallo que citamos en este apartado, que son de resultados, la obligación de informar, la obligación por materiales y productos (que intervienen en determinado procedimiento, cuya asepsia y perfecto estado debe asegurar, con certeza del 100%, el profesional) y la obligación por exámenes y análisis simples (caso de laboratorios especializados donde es dable esperar resultados exentos de errores, aún más en aquellos exentos de ambigüedad). En este tipo de obligaciones no existe una contingencia incierta, como la recuperación del paciente, que haga conveniente limitar el compromiso del profesional con el resultado, sino que, en virtud de una obligación de seguridad debida al paciente, se pone al médico en posición de garante al exigírsele impedir el acaecimiento de eventos dañosos.

Sin embargo, más allá de los acuerdos doctrinarios y jurisprudenciales, y ciertas obligaciones introducidas al contrato por el legislador como contenido imperativo, aún quedan situaciones donde no existe claridad en la calificación provocada, mayormente, por falta de voluntad expresa convencional (dada por la consensualidad libre de formalidades). Para llenar aquellos vacíos siguiendo la propuesta del profesor Pizarro y la doctrina desarrollada en nuestro país ampliamente por el profesor Álvaro Vidal, se recurre a la idea del «propósito práctico del contrato» que, mediante un proceso de interpretación objetiva, construye la regla contractual supletoria a la voluntad expresa en aquellos casos en que no resulta tarea fácil dilucidar los intereses que las partes han ingresado al contrato y, que permiten dotar de contenido a la obligación. El tratamiento de esta idea será visto en la parte final de este trabajo para determinar y calificar, con base en lo expuesto principalmente en este capítulo, ciertas obligaciones que contraen los profesionales sanitarios participantes de las TRHA relativas a la salud de la gestante y del niño/a que nacerá

³⁰⁸ (Tapia Op.cit)

³⁰⁹ (Ibid.)

Capítulo V

«Acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ¿Proceden en nuestro ordenamiento?»

Llegado a este punto nos interesa analizar cómo y a qué se obligan los profesionales médicos intervinientes en las TRHA con el objeto de dilucidar en qué casos el daño en la procreación, esto es, las enfermedades físicas o psíquicas transmitidas a la descendencia, torna viable la pretensión indemnizatoria a favor de los padres -mediante acciones de *wrongful birth*- o a favor de los hijos afectados -mediante acciones de *wrongful life*.

Atenderemos a lo analizado anteriormente en el capítulo IV sobre el contenido del contrato médico, delimitado principalmente por el contenido imperativo introducido por el legislador, la *lex artis* y la voluntad de las partes, tomando junto a ello relevancia lo dicho sobre obligaciones de medios y resultado, especialmente en cuanto a la calificación de la naturaleza de la obligación.

Para mayor orden, dividiremos este capítulo en dos partes. En la primera sentaremos las bases teóricas que nos permitirán demostrar cómo, junto a lo dicho en el capítulo anterior, pueden construirse las diversas y específicas obligaciones de los médicos que intervienen en procedimientos de procreación asistida pese a la inexistencia de normativa específica. Para ello nos referiremos a la idea del propósito práctico del contrato, fruto de la doctrina de la concepción realista del negocio jurídico, y también

brevemente a la doctrina de los contratos con efectos protectivos a terceros -con aplicación jurisprudencial en países como Alemania, Francia e Italia- y su posible aplicabilidad en nuestro país, como insumos en la tarea de delinear el contenido del contrato de prestación de servicios médicos de procreación asistida.

Por último, la segunda parte analizará la plausibilidad de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en Chile, dando cuenta de cómo el incumplimiento o cumplimiento inexacto de ciertas obligaciones y deberes esenciales del profesional pueden configurar la partida de daños

indemnizables en nuestro país -poniendo atención a la ley que despenaliza el aborto en tres causales- junto a la problemática de la causalidad.

Parte 1

1. Bases teóricas

1.1. Concepción realista del negocio jurídico e idea del propósito práctico del contrato

La concepción realista del negocio jurídico³¹⁰ pretende dejar atrás una «mera comprensión voluntarista de los contratos si bien incluyendo el efecto creativo de los mismos»³¹¹ entendiéndolo como un mecanismo de «regulación, organización y ulterior satisfacción de los intereses de las partes y no un mero método de producción de efectos jurídicos (derechos y obligaciones)»³¹² que pone el énfasis únicamente en los deberes de conducta que competen al deudor sino que erige la relación obligacional como un instrumento que permite llevar a resultado la satisfacción integral del acreedor. En efecto, el entendimiento tradicional de la relación obligacional según señala Vidal, citando al destacado jurista español Díez-Picazo, dibuja la prestación como el comportamiento efectivo del deudor que se confunde con el propio cumplimiento de la obligación³¹³ agotando el objeto en aquello -dar, hacer o no hacer- mientras que la concepción realista amplía esta visión -con positivas consecuencias- entendiéndola como

Plan o proyecto ideal contemplado inicialmente por las partes cuando nace la relación obligatoria y que se aspira se haga realidad en un momento posterior. Para el jurista (Díez-Picazo) este plan o proyecto es el verdadero objeto de la obligación y no la cosa o el hecho sobre la que recae; plan o proyecto que en su ejecución se integra por la diligencia que, por

³¹⁰ Idea propuesta por primera vez en la obra del español Federico de Castro y posteriormente desarrollada en la obra de Antonio Manuel Morales Moreno y en Chile principalmente por Álvaro Vidal. Véase Pizarro (Op.cit), Vidal (2000), (2009) y (2014)

³¹¹ (Pizarro, Op.cit., 101)

³¹² (Vidal, 2000, 209-210)

³¹³ (Vidal, 2007a, 45)

un lado, sirve para determinar pormenorizadamente su contenido y, por otro, impone al deudor una serie de deberes accesorios que tiene por objetivo la actividad previa necesaria para promover e impulsar la prestación y la satisfacción del interés del acreedor.³¹⁴

señalando que su utilidad radica en que

Esta forma de entender el objeto de la obligación permite la construcción de un concepto amplio de incumplimiento que se identifica con cualquiera desviación de la conducta del deudor en contraste con el proyecto inicial e ideal³¹⁵

De este modo la prestación se traduce en «un cauce de realización de fines y de intereses de tipo empírico o práctico»³¹⁶. A mayor abundamiento se señala que

Extrayendo las consecuencias que pueden derivarse de este enfoque, resulta que todo negocio, en sí mismo considerado, justifica en quienes lo han celebrado un determinado interés, que razonablemente aspiran a ver satisfecho y que también, por múltiples causas, unas imputables a la conducta de la otra parte y otras no imputables a ella puede quedar sin satisfacción³¹⁷

Así, en definitiva, señala Vidal, el propósito práctico es «el resultado que las partes buscan y que se va a conseguir a través del cumplimiento del negocio»³¹⁸ y citando a Morales Moreno explica la utilidad de la doctrina

Según Castro (sic)³¹⁹ “se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares atendiendo al fin práctico del negocio”. Y para ilustrarnos lo que esto significa nos ofrece un ejemplo muy esclarecedor. Atendiendo a un punto de vista para él criticable, en la compra de una casa, “quedaría extramuros del derecho el propósito práctico del comprador de habitarla o arrendarla, aunque de ello se tratara con el vendedor”. En cambio, –en su opinión– conforme al fin práctico propuesto (como hacen en sus decisiones los tribunales), se entenderá integrado en el propósito negocial el habitar o arrendar la casa, y consiguientemente quedará viciado el negocio cuando se oculta el mandato de su derribo

³¹⁴ (Ibid.)

³¹⁵ (Ibid.)

³¹⁶ Morales Moreno cit. en Pizarro (Op.cit.) 101

³¹⁷ (Morales Moreno cit. al pie (n.8) en De la Maza y Vidal 2014, 22)

³¹⁸ (De la Maza y Vidal, Op.cit., 22)

³¹⁹ Por Federico De Castro.

(por ejemplo, por servidumbre hacia un aeródromo por ser zona militar) o la prohibición de arrendar (por ejemplo, respecto a ciertas construcciones protegidas)³²⁰

En este sentido y destacando la utilidad de entendimiento de la realidad contractual que permite una concepción realista del negocio jurídico cuyo énfasis se encuentra en la naturaleza principalmente económica del contrato y en cuanto método de organización de intereses particulares -patrimoniales o no- ha dicho Mejías Alonzo que

concebir el contrato desde esta noción realista, nos permite vincular la noción tradicional que coloca el énfasis en las obligaciones que de él emanan, con la satisfacción de los intereses que las partes aspiran a obtener con su ejecución³²¹

Esto quiere significar que adoptar una concepción realista, no implica abandonar el entendimiento clásico del derecho de los contratos, desde donde se rescata su función como engendrador de derechos y obligaciones, sino que apunta a sumar a esta un entendimiento del negocio jurídico como un mecanismo apto para la satisfacción de los intereses de las partes contratantes, pasando estos a formar parte integrante de la relación obligacional como causa concreta³²² del contrato, lo que permite delinear las obligaciones o en palabras de la doctrina española el ‘programa o plan ideal de prestación’ y por ende la satisfacción o frustración del propósito práctico del contrato³²³.

Advierten, no obstante, en la doctrina nacional, tanto De la Maza y Vidal³²⁴ como Pizarro³²⁵ que el ‘propósito práctico’ no se confunde -ni debe- con los anhelos específicos o motivos o simples motivos personales de los contratantes. Como se señaló más arriba para que los motivos puedan configurar el propósito práctico es necesario que estos sean incorporados ya de manera explícita o implícita al contrato, es decir, no resultando necesaria una declaración de voluntad expresa, pudiendo derivarse por ejemplo de las circunstancias que rodean la celebración del contrato³²⁶,

³²⁰ (Morales Moreno cit. al pie (n.9) en De la Maza y Vidal, Op.cit., 22)

³²¹ (Mejías Alonzo 2014, 96)

³²² Aquello que las partes persiguen conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico. Véase Vidal (2009) cit. al pie n. 14. Esto calza con la definición de causa como *el motivo que induce al acto o contrato* dada por el inciso 2º del artículo 1467 del Código Civil, lo que según señala Vidal en este caso más allá de permitir analizar la validez del contrato permite configurar los efectos derivados del incumplimiento.

³²³ (Pizarro, Op.cit., 102)

³²⁴ (De la Maza y Vidal, Op.cit., 22)

³²⁵ (Pizarro, Op.cit., 104)

³²⁶ (De la Maza y Vidal, Op.cit., 23 y en igual sentido, Pizarro, Op.cit., 104)

lo que necesariamente reconduce a un problema de interpretación y de construcción de la regla contractual.

1.2. Construcción de la regla contractual

Delinear el propósito práctico del contrato no es tarea simple, pues como se señaló más arriba implica no sólo una práctica interpretativa del contenido expreso del contrato sino también de las circunstancias que rodean su celebración, incluyéndose las tratativas y en el ámbito de la responsabilidad médica, la información, cuya importancia es mayúscula³²⁷. La declaración de voluntad expresa en el contrato sirve de guía a la configuración del propósito práctico, pero a menudo deviene en inútil, sobre todo en el ámbito de los servicios profesionales médicos, donde la mayoría de los contratos son consensuales³²⁸. Nos encontramos entonces ante la interrogante sobre cómo fijar el verdadero contenido del contrato y de sus alcances jurídicos ante el surgimiento de un conflicto entre las partes.

La construcción de la regla contractual presupone la aplicación obligatoria de las normas imperativas, una interpretación de la declaración de voluntad de las partes a lo que se suma la integración reguladora de las fuentes dispositivas -ley y costumbre- cuyo objetivo es la definitiva fijación de las consecuencias jurídicas de la declaración, mediante las prescripciones de las normas dispositivas, en la medida que estas no hayan sido excluidas o modificadas por la voluntad de las partes³²⁹, es decir, siempre y cuando la declaración de voluntad bien por no existir, por incompleta o ambigua no permita desentrañar el verdadero alcance jurídico del contrato. De este modo es posible distinguir la declaración de voluntad negocial de la regla contractual, en cuanto la primera resulta de la aplicación de normas interpretativas en funciones declarativas e integradoras, mientras que la segunda es la declaración de voluntad debidamente integrada por las normas dispositivas³³⁰ mediante un proceso complejo que un primer momento desentraña la voluntad privada y en otro la integración de la regla contractual que se erige como

³²⁷ (Pizarro, Op.cit., 104)

³²⁸ (Ibid., 105)

³²⁹ (Vidal 2000, 210)

³³⁰ (Ibid., 211)

el conjunto normativo que regula la relación jurídica³³¹. Así la noción de regla contractual, de ser necesario, permite recoger inclusive regulaciones ausentes en la declaración de las partes, pero que se integran a ellas -lo que se ha llamado autointegración o interpretación integradora- sea por corresponder a lo que hubiesen entendido personas razonables en el lugar de las partes o bien por venir ordenado por normas dispositivas que suplen la voluntad en ausencia de expresión -heterointegración o integración reguladora³³². En consecuencia, las normas que deben tenerse presente al momento de la construcción de la regla contractual son las leyes imperativas³³³, la voluntad contractual interpretada de acuerdo a los diversos mecanismos establecidos en la ley y las fuentes objetivas que integran la regla contractual donde hallamos la ley dispositiva y la costumbre³³⁴.

Para mayor entendimiento es necesario precisar qué debe entenderse por normas dispositivas e imperativas. Las normas dispositivas son aquellas que consagran una regulación que se estima la más adecuada por ser la que normalmente se darían personas razonables o, la voluntad presunta de las partes o bien, las reglas que habitualmente se siguen en la práctica de los negocios presumiéndose que en silencio de las partes serían aceptadas por estas³³⁵ y, que permite que las partes renuncien a ellas en uso de la libertad contractual, dándose su propia regulación (autointegración). De este modo las normas dispositivas suplen el silencio o carencias de las declaraciones de voluntad y, más que eso, según cierta doctrina española, son un modelo de ordenación, en que se ha «ponderado cuidadosamente la condición normal de los intereses de las partes, teniendo, por consiguiente, una función ordenadora o de ordenación objetiva de la reglamentación contractual»³³⁶.

Por otro lado, las reglas imperativas son aquellas irrenunciables pues el legislador impone su observancia y por tanto representan una limitación intrínseca a la autonomía de la voluntad³³⁷

³³¹ (Ibid., 212)

³³² (Ibid.)

³³³ Cuestión que como vimos al tratar sobre el contenido médico nombramos «contenido imperativo introducido por el legislador»

³³⁴ (Ibid., 212)

³³⁵ (Ibid., 213)

³³⁶ (Ibid.)

³³⁷ (Ibid., 214)

La distinción anterior nos permite avanzar en la comprensión de esta idea, y nos lleva comprender la relación existente entre la voluntad privada y la ley, ya imperativa, ya dispositiva.³³⁸

El artículo 1545 del Código Civil establece la fuerza obligatoria de los contratos legalmente celebrados entre las partes, sin embargo, en tanto acto jurídico debe ser leído en conjunto con las disposiciones que establecen los límites a la autonomía de la voluntad en materia negocial, a saber, las normas que disciplinan sobre la causa y objeto lícito, que no son otra cosa que normas imperativas. De esta manera, el artículo 1545 CC que por separado dispone la fuerza de ley del contrato bajo el sólo requisito de la legalidad de su celebración, se nutre de las disposiciones concordantes con el artículo 1445 CC, disponiendo en definitiva que las obligaciones nacidas de los contratos legalmente celebrados entre las partes tendrán fuerza de ley siempre y cuando estos no contravengan la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres³³⁹.

Luego, el artículo 1546 CC dispone cómo la ley dispositiva se integra al contrato cuando la declaración de voluntad resulta insuficiente, obligando más allá de lo que su literalidad misma expresa, permitiendo colmar los vacíos con el recurso al expediente de una tercera fuente, como lo es, la naturaleza misma del contrato, la ley y la costumbre cuando existe remisión legal.³⁴⁰

Finalmente, la construcción definitiva de la regla contractual queda determinada por el uso de normas imperativas, la declaración de voluntad interpretada de acuerdo a los criterios hermenéuticos establecidos a partir del artículo 1560 y siguientes del Código Civil, y las normas dispositivas en su rol integrador en ausencia de una voluntad negocial completa.³⁴¹

Atendiendo a esta idea se nos permite entender de mejor manera cómo se configura el contrato médico de acuerdo a lo consignado en el capítulo IV de este trabajo. Señalamos que este se forma principalmente a través contenido imperativo introducido por el legislador -donde destacamos la obligación de seguridad y, el derecho a la información y consentimiento informado contenidos respectivamente en los artículos 4, 8, 10 y 14 de la Ley N° 20.584- y el

³³⁸ (Ibid.)

³³⁹ (Ibid., 215)

³⁴⁰ (Ibid., 215 *passim*)

³⁴¹ (Ibid., 218-219 *passim*)

artículo 1546 CC que permite integrar al contrato los deberes que conforman la *lex artis* entendida como parte de las normas dispositivas que vienen a completar el contenido contractual. Ahora, con lo que hemos agregado en este punto, diremos que pese al escaso rol que tiene la voluntad declarada dado por las prácticas actuales de la negociación en salud, aquello no obsta a que pueda -y deba- ser interpretada conforme a criterios hermenéuticos subjetivos -que atienden a desentrañar la voluntad común de los contratantes- y, objetivos que permiten disipar dudas y ambigüedades (interpretación declarativa) por un lado y, por otro, desarrollar o completar la declaración de voluntad insuficiente aplicando el criterio de lo que una persona razonable habría entendido en iguales circunstancias (interpretación integradora) según disponen los artículos 1564 inc. 2 y 1563 del Código Civil en tanto señalan que deben entenderse incorporadas, aunque no se expresen, las prácticas establecidas previamente por las partes en otros contratos entre ellas y sobre la misma materia y, los usos del tráfico o negociales³⁴² a través de los cuales se integra aquello que se denomina como ‘ambiente negocial’ o ‘circunstancias de la especie’ del contrato donde bien es dable entender que el intérprete debe considerar las calidades de las partes, sus profesiones y grado de especialización (muy importante en el ámbito médico), la información disponible para cada una de las partes, etc.³⁴³

1.3. Contrato con efectos protectivos a terceros

Por motivos de espacio, escapa a este trabajo un análisis exhaustivo de la figura y nos limitaremos a describir cómo opera y cómo podría entenderse aplicable en nuestro país poniendo todo nuestro foco en la potencial utilidad que puede revestir este fenómeno a la problemática de la responsabilidad asociada al inicio de la vida. Sabemos que la introducción de una doctrina foránea puede revestir problemas de índole teórico y práctico, sin embargo consideramos valioso analizar una fórmula que, por un lado, es de potencial aplicabilidad a todo el ámbito del derecho de los contratos, y por otro, en el tema que nos convoca, permite resolver problemas sobre la extensión de las obligaciones que competen a los profesionales sanitarios y la relación de causalidad entre el incumplimiento o inexacta ejecución de ciertas obligaciones y el daño que

³⁴² (Ibid., p. 223 y en cit. al pie n.33)

³⁴³ (Ibid., p. 224 y en cit. al pie n.35)

pueda alegarse, sobre todo en relación a las acciones de *wrongful life*, sin abandonar las ventajas que ofrece el estatuto contractual. Por eso, en este acápite pretendemos, aunque sea de manera somera, dar a conocer las bases sobre las que se estructura la noción, ejemplificar su uso y delimitar su aplicación

Señala Moscati³⁴⁴ que la aceptación del fenómeno de los ‘remedios contractuales a favor de terceros’, también llamado ‘contrato con efectos a favor del tercero’³⁴⁵, junto al tratamiento de la responsabilidad del tercero por la interferencia en la ejecución de un contrato ajeno³⁴⁶ son manifestaciones que demuestran la creciente erosión en el dogma de la relatividad de los efectos de los contratos, que aun siendo expresiones de «signo contrario»³⁴⁷ son «convergentes en su resultado: por un lado, la expansión de la responsabilidad aquiliana derivada del contrato; por otro lado, el reconocimiento a los terceros, por definición ajenos al contrato, de remedios y/o excepciones contractuales»³⁴⁸

Naturalmente, hablar de contratos con efectos protectivos a favor de terceros nos lleva a preguntarnos sobre quién es ‘tercero’ y quién es ‘parte’ a efectos de comprender el área cubierta por la relación negocial y fijar a quién incumben los derechos y obligaciones, y en general sobre quiénes recae el manto de protección que otorgan los remedios contractuales. Moscati, citando a doctrina francesa de nombre Malaurie y Aynes, señala que la palabra ‘tercero’ es uno de los términos más equívocos del lenguaje jurídico³⁴⁹, resultando evidente que según el área de incidencia de la noción de tercero «el principio de relatividad de los contratos tendrá una mayor o menor extensión dentro del sistema»³⁵⁰. De este modo, señala que la experiencia jurisprudencial extranjera ha declarado que se considera como ‘terceros’

a los sujetos que se encuentren en una relación de “proximidad” con una de las partes del contrato, *por lo que incluso pueden sufrir un daño en su persona o en sus bienes como consecuencia de la ejecución inexacta del contrato*, o bien tales sujetos están interesados en oponer a una de las partes una excepción fundada en el contrato al que, por definición,

³⁴⁴ (Moscati 2007, 51)

³⁴⁵ (Míguez 2011, 236)

³⁴⁶ En Chile se encuentran algunos trabajos que dan cuenta de este fenómeno con amplia difusión en el *common law* inglés. Véase Banfi del Río (2012) y Schopf (2013)

³⁴⁷ (Moscati, Op.cit., 51)

³⁴⁸ (Ibid.)

³⁴⁹ (Ibid., 53)

³⁵⁰ (Ibid.)

son extraños. En otros términos, a través de la determinación de los sujetos que pueden ser considerados como “terceros”, la doctrina y la jurisprudencia -sobre todo extranjera- ha intentado a su vez *individualizar también el área en la cual el remedio contractual puede operar a favor del tercero*.³⁵¹ (el resaltado es nuestro)

En nuestro país, Brantt -a propósito del tratamiento de la inoponibilidad- señala que existe un imperativo de aplicación general en el Derecho Civil que actúa como contrapeso a la autonomía de la voluntad traducida en la exigencia de protección de los terceros «toda vez que cualquiera sea el contexto en que sus intereses o derechos puedan verse vulnerados por la actuación jurídica ajena, surge la necesidad de dotarlos de medios de resguardo adecuados»³⁵². En este sentido, señala que es indispensable delimitar la noción de ‘tercero’ por lo que siguiendo a doctrina de nombre Luis Felipe Ragel, señala que en un sentido amplio ‘tercero’ es todo aquel que no es parte de una relación obligatoria o de un contrato, destacando que resulta conveniente restringir la noción pues es posible constatar la existencia de ‘terceros’ completamente extraños a la relación negocial, correspondiendo denotar como tales únicamente a aquellos quienes ostentan un interés legítimo en relación con la referida actuación, esto es, aquellos que pueden verse afectados por el acto o situación ajenos³⁵³. De este modo «debe considerarse que la debida protección a los terceros es un imperativo referido *solo a aquellos cuyos derechos o intereses puedan entrar en conflicto con los que surgen de una actuación jurídica en la que no han tenido participación*»³⁵⁴ debiendo tenerse presente que «a partir de este concepto acotado de tercero, en cada supuesto particular en que se plantee la necesidad de conferirle protección, habrá de precisarle cuál es en concreto el que lo requiere»³⁵⁵. (el resaltado es nuestro)

En esta línea, comenta Moscati, que cada vez con mayor frecuencia -y más allá de lo que llama contrato a favor de tercero, que en nuestro país es conocido como estipulación a favor de otro- emergen situaciones en que un ‘tercero’ tiene un específico interés en el cumplimiento de un contrato ajeno, pues la ejecución inexacta de aquel, en virtud de la relación de proximidad en que se encuentra con una de las ‘partes’ del contrato, podría llegar a significar un perjuicio en su persona o bienes. En estas hipótesis, señala, la incorrecta ejecución de la obligación repercute

³⁵¹ (Ibid.)

³⁵² (Brantt 2015, 65)

³⁵³ (Ibid.)

³⁵⁴ (Ibid.)

³⁵⁵ (Ibid.)

sobre intereses jurídicamente protegidos de los terceros, entendiéndose así por variada jurisprudencia.³⁵⁶ Cita, y destacamos, una sentencia del *Reichsgericht*³⁵⁷ de 1930 donde se reconoció a una empleada doméstica la posibilidad de accionar por las diversas quemaduras sufridas por la deficiente instalación de un calefactor a gas, fundándose en el contrato celebrado entre su empleador y el que instaló la calefacción. Consideró el tribunal que el contrato de instalación debe entenderse como celebrado también en favor del tercero (la empleada doméstica) que se encontraría en contacto, esto es, relación de proximidad, con la prestación objeto del contrato.³⁵⁸ Esta sentencia, abrió camino para la creación de la categoría de ‘contrato con efectos protectores frente a terceros’ desde donde se extrae que

los deberes de protección de la persona y los bienes de cada una de las partes, los cuales son instrumentales respecto del deber primario de prestación, también se refieren a los terceros implicados en el área de “protección” del contrato. En otros términos, el deber de comportarse correctamente durante la ejecución del contrato, que cada una de las partes tiene frente de la otra, en todos estos casos se extiende a favor del tercero, el cual tendrá un derecho al resarcimiento de los daños en la calidad de acreedor de una pretensión de prestación secundaria.³⁵⁹

Al igual que como podría hacerse en nuestro país, se entiende que la acción que podría hacer valer el tercero perjudicado no descansa en el cumplimiento de la prestación primaria, es decir, el interés principal de las partes que los mueve a vincularse por la vía contractual, sino que encuentra fundamento en los deberes de comportamiento secundarios o instrumentales a esta cuya orientación es protectora también de aquellos terceros³⁶⁰ que se encuentren en una órbita próxima a alguna de ellas, y que pueden integrarse al contrato, aún sin declaración expresa, mediante, la obligatoria introducción de normas imperativas, el expediente de la función integradora de las normas dispositivas y, el principio de buena fe como instrumentos que permiten completar la voluntad negocial y construir la regla contractual que define la específicas obligaciones y comportamientos a que deben atender las partes. Para mayor claridad señala Moscati que

³⁵⁶ (Moscati Op.cit., 57)

³⁵⁷ Tribunal Supremo del Imperio Alemán en materia civil y penal entre 1879 y 1945

³⁵⁸ (Moscati Op. cit., 58)

³⁵⁹ (Ibid.)

³⁶⁰ (Ibid.)

Puesto que los denominados deberes de protección forman parte de la relación obligatoria primaria, los cuales tienen como finalidad tutelar al contratante-acreedor de la prestación de los daños a la persona y/o a sus bienes que puedan verificarse con ocasión de la ejecución del contrato, esta misma tutela se extiende a los terceros que se encuentren expuestos, por su particular situación respecto de una de las partes, al mismo riesgo de daño al cual se encuentra expuesto el contratante-acreedor de la prestación o, en todo caso, que los terceros frente a este último tengan algún interés en la protección.³⁶¹

Desde esta vereda, creemos que extender los efectos protectivos de un contrato a terceros en relación de proximidad a alguna de las partes y atención a sus intereses legítimamente protegidos, es posible basándonos en la idea de propósito práctico y la posterior construcción de la regla contractual que permitirían configurar cuál es el interés específico de los contratantes y que, por tanto, define los comportamientos que delinear el verdadero plan ideal de prestación, donde bien podría entenderse que existe un plan de protección -que a su vez configura un específico modo de cumplir la obligación que se incorpora en el programa prestacional- que debe ser extendido a terceros.

Veamos cómo podría aplicarse lo dicho hasta aquí, atendiendo específicamente al contrato de prestación de servicios médicos de procreación asistida. Antes, una breve reseña a modo de ilustración.

La Corte Suprema de Casación italiana en sentencia del 11 de mayo de 2009 N°10741³⁶², a propósito de una acción deducida por los padres en nombre propio -*wrongful birth*- y por el hijo nacido con graves malformaciones -*wrongful life*- producto de la administración de un fármaco con propiedades teratogénicas³⁶³ a fin de estimular la ovulación y, sin respetar la obligación de información que hubiese permitido estar en conocimiento de los riesgos de la terapia, ha sentenciado que

los daños del tratamiento sanitario pueden derivar al concebido sea por vía del principio de la violación del consentimiento informado, que por la prescripción de fármacos dañinos y ello porque la relación contractual de la madre gestante con la estructura sanitaria, o con el

³⁶¹ (Ibid., 59)

³⁶² Comentada en (Míguez 2011)

³⁶³ Sustancia capaz provocar defectos congénitos durante la gestación del feto.

médico, produce, además de efectos entre las partes, efectos protectivos en relación con el nasciturus y al otro padre como tercero³⁶⁴

Según declara Míguez, al comentar la sentencia, para la Corte, el eje de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios respecto al menor nacido con malformaciones gira en torno al ‘derecho a nacer sano’, menoscabado por el suministro de fármacos potencialmente dañinos y la ausencia de información sobre los riesgos del tratamiento aplicado, señalando que la violación de la obligación de informar sobre los riesgos del medicamento puede ser invocado por el niño pues el objetivo de la protección de aquella obligación también se extiende a él. Dicho en otras palabras, el contrato entre la gestante y los profesionales sanitarios debe entenderse con efectos protectivos respecto al *conceptus*³⁶⁵.

Estimamos que en nuestro país un entendimiento similar y aplicable a las TRHA es posible, pese a lo dudoso de la existencia de un ‘derecho a nacer sano’.

Es posible entender que la protección del contrato de procreación asistida se extiende más allá de la gestante, en tanto receptora del tratamiento, a la eventual descendencia que, en caso de sufrir perjuicio derivado del incumplimiento de determinadas obligaciones, mala praxis o ejecución inexacta del contrato. Creemos que podría accionar aun pese a que no contamos, a diferencia de países como España o Uruguay con legislación específica que regule la fertilización asistida y, tal como en ambas legislaciones, con artículos específicos que normen en qué situaciones pueden aplicarse³⁶⁶, la manera cómo deben ser aplicadas, y, por tanto, estatuyan al menos un mínimo de específicas obligaciones y deberes de carácter esencial que deben observar los profesionales intervinientes.

En atención a lo dicho sobre cómo se configura el contenido del contrato médico es posible integrar al contrato como contenido imperativo normas como las analizadas en el capítulo II de este trabajo. En efecto y, aunque sólo vinculantes para el sector público y como tal revistiendo carácter imperativo sólo en aquellos casos, tenemos la Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°1072 de 1985 que señala al definir fecundación in vitro (FIV) y la transferencia embrionaria (TE) que aquellas posibilitan la fertilización del óvulo en un medio artificial y su

³⁶⁴ (Míguez Op. cit, 227)

³⁶⁵ (Ibid., 229)

³⁶⁶ Art. 3.1 Ley 14/2006 (España) y art. 7° literal b Ley N° 19.167 (Uruguay)

consecutiva implantación en el útero para «que el embarazo tenga la oportunidad de evolucionar hasta la consecución de un recién nacido vivo y sano» lo que como señalamos en tal capítulo da cuenta de que se reconoce un fin que va más allá de la mera procreación, denotando un interés en una vida en condiciones de razonable salud y dando a entender que se debe tener por incluida, al comportamiento exigible del profesional, una especial diligencia para con la posible descendencia cuyos fundamentos pueden encontrarse en el principio bioético de no maleficencia. Permite ahondar en lo dicho el artículo 7 (b) de tal Resolución que dispone la responsabilidad de los profesionales sanitarios participantes en el cuidado de la madre y el feto hasta su nacimiento, asegurando su integridad y salud y, en igual sentido el artículo 8 en su inciso final, cuando señala que los embriones ‘normales’ obtenidos mediante las técnicas que regula serán transferidos a la madre, debiendo entenderse por ‘normales’ aquellos embriones no afectos a alteraciones detectables según el estado de la ciencia.

A pesar del carácter vinculante predicable únicamente respecto del sector público, no obsta para tales normas reglamentarias, que como se dijo en su oportunidad representan en cambio pautas orientativas para el sector privado, se integren al contrato a través de normas dispositivas permitiendo completar la voluntad declarada mediante el principio de la buena fe y la *lex artis* - incluyéndose por tanto el mandato *primum non nocere alterum non laedere*- vía artículo 1546 del Código Civil. Aún más, creemos de toda lógica señalar que en quienes deciden someterse a procedimientos de procreación asistida, al configurarse el verdadero interés o propósito práctico que los mueve a contratar, se evidencia que no se pretende sólo eludir las causas que impiden la procreación natural y lograr la gestación a toda costa, sino que además se suma – dado el acceso a procedimientos científicos de menor o mayor complejidad técnica y tecnológica, los altos costes económicos y la confianza depositada en el grado de especialización del médico tratante, cuestiones todas que como se vio, se deben considerar al configurar el contenido obligacional del negocio - un especial y legítimo interés, incorporado al contrato, en que la descendencia nacida luego de los diversos procedimientos clínicos, en la medida de lo posible, sea sana, evidenciando un propósito protectorio que se estatuye no sólo en consideración a las partes negociantes sino también a la futura descendencia.

Creemos que ‘en la medida de lo posible’ se traduce en una obligación de medios especialmente rigurosa para el profesional sanitario que, valga la redundancia, lo obliga a observar todas las

normas, protocolos y principios que rigen su actividad con suma diligencia, más aun el caso de las TRHA, en que la mayoría de las actuaciones médicas no sólo repercutirán en quien se somete a ellas sino también en la futura descendencia que, por la especial relación de proximidad que se encuentra con la gestante y por el interés legítimo y significativo que esta detenta, puede llegar a entenderse cubierta por el manto de protección que se liga a aquellas obligaciones que por su propia naturaleza se extienden más allá de las partes del contrato.

Por tanto, diremos que a condición de producirse el nacimiento y sufrirse un perjuicio efectivo por infracción a deberes de conducta cuyo fin protectorio trasciende a la gestante-contratante, podría el nacido - 'tercero' en la relación negocial- accionar en contra del profesional responsable en juicio resarcitorio.

Parte 2

2. Plausibilidad de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

2.1. El daño

En primer lugar, analizaremos muy brevemente el rol que tiene la Ley N° 21.030 que despenaliza la interrupción del embarazo en tres causales pretendiendo dilucidar si su existencia significa una limitante a la interposición de acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Posteriormente entregaremos las pautas que permiten escapar a los problemas jurídicos que supone el acceso limitado al aborto y aquellos de corte ético-jurídicos que significa la calificación de la vida como un daño en sí misma, mediante la lectura del daño como lesión a intereses legítimos y significativos. Por último, atenderemos a cuáles son los daños específicos que podrían alegarse en nuestro país a propósito de las acciones mencionadas, para lo cual distinguiremos si se trata de procreación natural o asistida -pese al objeto de esta memoria- con el fin de distinguir tanto los deberes exigibles al profesional médico en cada etapa como también las partidas indemnizables dadas las particularidades de nuestra legislación.

a) Rol de la ley N°21.030

A priori, podría pensarse que la restrictiva regulación en materia de aborto que introduce la ley vigente limita ciertamente la posibilidad de que se acceda a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, como se ha puesto de manifiesto en la doctrina comparada. Sin embargo, según veremos, aquello no es suficiente para considerar que ambas acciones (o bien, estas con algunas variantes) son improcedentes para nuestra realidad. Este trabajo atiende principalmente a las TRHA vinculadas con la investigación genética y a la responsabilidad médica, lo que permite incluso ante una ausencia total de ley que regule la práctica del aborto, alegar y justificar daños ocurridos en la etapa preconcepcional y preimplantacional como consecuencia de incumplimientos contractuales o deberes de conducta derivados de la *lex artis* e incluso daños ocurridos a propósito de la procreación natural mediante una lectura que considere los intereses legítimos y significativos de la partes ligadas contractualmente con el profesional a cargo del seguimiento del embarazo.

Podría señalarse que -y se ha hecho³⁶⁷, sin el requisito de una interrupción voluntaria del embarazo en términos amplios, no puede siquiera plantearse la posibilidad de las acciones comentadas, sino que estaríamos ante otro tipo de demandas de responsabilidad civil, pero sin embargo se admite que este tipo de acciones son también procedentes en el contexto de diagnósticos preconcepcionales, donde es evidente que la legislación en materia de aborto no es relevante. Con esto en mente, podemos decir que la esencia de este tipo de acciones radica más en el hecho de que por efecto de ciertas acciones u omisiones médicas no se ha podido evitar el nacimiento de un menor gravemente enfermo y que en la existencia de cierto tipo de regulación. No obstante, por la concomitancia de los daños que podrían esgrimirse con el suceso de una vida enferma analizaremos aún aquellos casos en que nada puede hacerse para evitar el nacimiento.

Dicho esto, veamos cómo podría plantearse la problemática en nuestro país.

³⁶⁷ (Macía Morillo Op.cit., 172)

b). *¿Cuál es el daño?: Escapando de la calificación de la vida como daño en sí.*

Cómo señalamos en el capítulo III de este trabajo, la jurisprudencia extranjera ha rechazado categóricamente las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* cuando el fundamento del daño reclamado es el hecho del nacimiento o la vida misma. En igual sentido se ha manifestado la doctrina con argumentos que van desde ideas extrajurídicas tales como la ‘santidad de toda vida’, ‘toda vida humana es un bien precioso’, ‘todo niño es una bendición’, ‘beneficios de la paternidad’ o que ‘toda vida aumenta la bondad y belleza del mundo’, a razonamientos basados en normativa constitucional e internacional que estableciendo el derecho a la vida e igualdad ante la ley orientan a entender que considerar la vida como daño pugnaría con la dignidad intrínseca de las personas pues de ser así considerado, una vida dañosa implica una vida de menor valor en comparación con otra considerada normal (En Chile iguales razonamientos podrían basarse sin problemas en los artículos 1, 5 y 19 N° 1, 2 y, 4 de la CPR y seguramente no habría ningún problema en que estos sean mayoritariamente aceptados)

Ya sea buscando escapar de la polémica o tratando de no incoar acciones que de principio se sabe fracasarán, se han buscado otros caminos que permitan satisfacer las pretensiones indemnizatorias de los padres e hijos afectados tratando de eludir que el daño se centre en la vida o el nacimiento mismo, siguiendo lo que ha denominado ‘doctrina de la separación (*Trennungslehre*)’, surgida en Alemania a propósito de acciones de *wrongful conception*³⁶⁸. A partir de esta idea, la pretensión de indemnización se ha centrado en lesiones a otro tipo de intereses que se experimentan en relación al comportamiento negligente del profesional médico, tales como o privación de la libertad de procreación o la privación de la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo³⁶⁹

Estimamos que igual camino puede ser tomado en Chile ante eventuales reclamaciones asociadas al inicio de la vida mediante una concepción que permita entender el daño como lesión a intereses³⁷⁰, logrando que este pueda configurarse en caso de errores diagnósticos e

³⁶⁸ (Ibid., 186)

³⁶⁹ (Ibid., 187)

³⁷⁰ (Mondaca et al. Op. cit., 37)

incumplimiento de deberes de información aun cuando la posibilidad de acceso al aborto se vea limitada por tres causales especificadas o por las particularidades propias del ordenamiento.

En efecto, se ha señalado que existe gran diferencia entre concebir el perjuicio o daño como una estricta lesión a una cosa, bien o derecho subjetivo que como lesión a intereses pues la primera forma de entender el daño limita la reparación según sea la naturaleza de la cosa, bien o derecho dañado³⁷¹, estando además circunscrito el resarcimiento a los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico reconozca³⁷².

El objetivo es superar la idea del daño como limitada a los intereses que la ley protege como derechos³⁷³ y ampliarla a todos aquellos «intereses patrimoniales o extrapatrimoniales que cumplan con ciertos requisitos mínimos para ser objeto de protección civil»³⁷⁴.

En esta línea se señala que

La concepción del daño como lesión a 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.³⁷⁵

El daño debe identificarse con la idea de lesión a intereses valorados positivamente y susceptibles de ser tutelados, pues no puede concebirse a la responsabilidad civil limitada en su función resarcitoria únicamente por el quebrantamiento de derechos subjetivos en sentido estricto, sino que ha de entenderse comprensiva de innumerables intereses, ámbitos personales o espacios de libertad³⁷⁶ cuya afectación negativa ha de ser indemnizada más allá de la titularidad de un derecho de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, bajo condición de que el interés sea legítimo y significativo³⁷⁷.

Señala Barros que un interés es legítimo cuando no es contrario a derecho. Así «en principio, todo perjuicio a un interés valioso para la víctima es considerado daño reparable, si no resulta

³⁷¹ (Ibid., 38)

³⁷² (Barros 2010, 220)

³⁷³ Fernando Fueyo y Marcelo Barrientos cit. en Mondaca et. al (Op. cit.) 38 en cit. al pie N° 44

³⁷⁴ (Ibid.)

³⁷⁵ (Mondaca et al. Op. cit., 38)

³⁷⁶ (Torre de Silva López de Letona 2017, 105)

³⁷⁷ (Barros 2010, 222)

contrario a la ley o a las buenas costumbres»³⁷⁸ agregando que los intereses legítimos no sólo se configuran por convenciones sociales acerca de lo que es correcto (buenas costumbres) sino también por

los derechos de la personalidad, cautelados por la Constitución, que garantizan significativos grados de autonomía en la definición del curso que cada cual puede dar a su propia vida en estas materias. Así y todo, la exigencia de legitimidad del interés envuelve un juicio moral que exige algún grado de intersubjetividad, porque el interés cautelado no es algo que sólo resulte atingente a la víctima, sino también al tercero. En efecto, no se puede ignorar que la afirmación de que cierto interés es legítimo lo transforma en un bien jurídico, cuya lesión está amparada por una acción de responsabilidad en contra de ese tercero³⁷⁹

Por otro lado, la significancia del interés lesionado viene dada por la necesidad de una entidad dañosa más allá de las molestias normales que una vida en sociedad causa, es decir, no toda molestia, frustración o impacto negativo en la vida puede dar lugar a la búsqueda de un responsable, por tanto, «la determinación del umbral a partir del cual se tiene un interés por significativo es una cuestión normativa, que en cada sistema jurídico es objeto de precisión jurisprudencial»³⁸⁰

Ahora, para mayor claridad, piénsese en este ejemplo: nadie tiene derecho a que su hijo viva, pues el derecho a la vida pertenece al hijo³⁸¹, pero ¿significa esto negar la indemnización por daño moral a los padres por no ser titulares del derecho subjetivo a la vida de su hijo cuando su muerte pueda ser atribuible al actuar de terceros? Por supuesto que no, y de hecho es común que los tribunales otorguen indemnizaciones por concepto de daño moral en virtud de que se afectan intereses legítimos, significativos y directos tales como la felicidad de criar a un hijo, disfrutar de los beneficios que pueda tener la maternidad y paternidad y el hecho de que se produce una pérdida irreparable que ocasiona un menoscabo profundo ya en el plano afectivo ya, incluso más allá de lo extrapatrimonial, en el económico. Con esto se evidencia, además, que el fundamento del deber de reparar descansa en el acto lesivo mismo y sus consecuencias, no en

³⁷⁸ (Ibid., 223)

³⁷⁹ (Ibid., 225)

³⁸⁰ (Ibid., 227)

³⁸¹ (Torre de Silva López de Letona, Op. cit., 105)

aquello que se daña, con lo que naturalmente se amplía el espectro resarcitorio con independencia de la cosa o derecho lesionado.

De esta manera, creemos puede soslayarse el problema de calificar la vida misma como un daño o de un restringido acceso a la interrupción voluntaria del embarazo pues las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ya no dependerían de la existencia y reconocimiento de determinados derechos, libertades de actuación o conductas despenalizadas, sino que pueden ser fundadas en «las afectaciones a los intereses que las hipótesis de errores diagnósticos o de tratamiento producen»³⁸² directamente en la vida de quien ocupe el lugar de actor.

c) Daño en las acciones de wrongful birth

A. Procreación natural

La responsabilidad del médico puede ser construida en virtud del deber -por regla general, contractual- que este tiene de realizar pruebas genéticas y diagnósticas e informar de los posibles riesgos del nacimiento a los padres³⁸³. Obliga este contrato y en virtud del contenido imperativo introducido por el legislador, a médicos, matronas, enfermeras-matronas u otros profesionales capacitados, en el primer control del embarazo (idealmente antes de las 13 semanas) a determinados exámenes de medicina preventiva con el «propósito de reducir la morbimortalidad o sufrimiento, debido a aquellas enfermedades o condiciones prevenibles o controlables que formen parte de las prioridades sanitarias»³⁸⁴ cuya determinación queda a cargo del Ministerio de Salud en función de la existencia de evidencia del beneficio de la detección temprana en individuos asintomáticos.

El objeto de estos exámenes es descartar la existencia de determinadas enfermedades tales como infección por virus de inmunodeficiencia adquirida (mediante test de Elisa para VIH en sangre);

³⁸² (Mondaca et. al, Op. cit., 39)

³⁸³ (LLamas Pombo 1998, 190)

³⁸⁴ Art. 138 letra DFL 1 del Ministerio de Salud

sífilis, mediante exámenes VDRL o RPR en sangre (su existencia se asocia a muerte fetal in útero, muerte neonatal, partos prematuros o sífilis congénita relacionada con lipadenopatías, retraso de crecimiento, fisuras peribucales, meningitis, hidrocefalia, convulsiones, discapacidad intelectual, sordera neurosensorial, entre otras) y; otras patologías asociadas a complicaciones durante el embarazo, elevado índice de mortalidad perinatal y riesgos postnatales, como la diabetes mellitus gestacional, infecciones urinarias, sobrepeso y obesidad, hipertensión arterial, alcoholismo y tabaquismo (vid. Arts. 138 y 139 DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud en relación con la Resolución Exenta N° 876 Regula Examen de Medicina Preventiva, art. 2 N° 1 literales a – f).

Como complemento al contenido obligatorio de carácter legal se suma la existencia de una Guía Perinatal elaborada por el Ministerio de Salud³⁸⁵ que señala exámenes físicos y de laboratorio - que dan cuenta de prácticas acordes a la *lex artis*- orientados a definir el estado básico de salud de la gestante y la definición de controles prenatales en relación al riesgo asignado al embarazo de acuerdo a enfermedades maternas preexistentes (hipertensión, diabetes, abuso de sustancias, patologías renales y cardíacas, entre otras), mala historia obstétrica de la gestante (donde se incluyen abortos a repetición, anomalías congénitas mayores y, partos prematuros); complicaciones del embarazo actual (gestación múltiple, edad materna menor a 15 años y mayor a 40, entre otras) y; parámetros de los exámenes de laboratorio.

³⁸⁵ Guía Perinatal 2015 elaborada por el Ministerio de Salud «Programa Nacional Salud de la Mujer» disp. en: <https://cedipcloud.wixsite.com/minsal-2015>

La siguiente tabla elaborada por el Ministerio de Salud³⁸⁶ muestra un programa resumido de cuidados prenatales para un embarazo calificado como ‘normal’.

Tiempo	Exámenes solicitados
Primer control	Hemograma (hematocrito y hemoglobina) Orina completa y urocultivo Grupo sanguíneo, Rh y Coombs indirecto Glicemia de ayunas Ultrasonido por indicación VDRL / RPR y VIH Citología cervical Examen de Chagas según norma endémica
10-15 semanas	Ultrasonido 11-14 semanas (evaluación de riesgo de aneuploidías)
20-24 semanas	Ultrasonido de anatomía y marcadores de aneuploidías Doppler de arterias uterinas Evaluación de cérvix según disponibilidad VDRL/RPR
26-28 semanas	Glicemia postprandial (tamizaje de diabetes gestacional) Coombs indirecto en Rh (-) no sensibilizada Administración de inmunoglobulina anti-Rho según disponibilidad
32-34 semanas	VDRL / RPR
32-38 semanas	Ultrasonido Repetir hematocrito y hemoglobina
35-37 semanas	Cultivo perianal de estreptococo grupo B*

De esta tabla destacamos -por la trascendencia para este trabajo- el ultrasonido (i.e. ecografía) cuyo fin es examinar clínicamente al paciente antes de que nazca. El primer examen de ultrasonido realizado entre las semanas 10-15 tiene por objeto evaluar la anatomía fetal, analizar la existencia de anomalías estructurales importantes y detectar el riesgo de algunas anomalías cromosómicas. El siguiente, realizado entre las semanas 20-24 permite estudiar en detalle la anatomía fetal pudiendo además ser diagnosticadas la mayor parte de las alteraciones cromosómicas severas. El último, entre las semanas 32-38 permite observar el crecimiento, talla y vitalidad del feto junto a su proyección de peso al término de la gestación^{387 388}. Dada la utilidad de este examen como elemento que permite determinar el riesgo de existencia de patologías no detectables directamente mediante él se señala que

³⁸⁶ Guía Perinatal 2015.

³⁸⁷ Clínica Las Condes «La importancia de las ecografías en el embarazo» disp. en: <https://www.clinicalascondes.cl/NOTICIAS/La-importancia-de-las-ecografias-en-el-embarazo>

³⁸⁸ (BUPA 2017)

«La ecografía es un elemento de apoyo fundamental para la ejecución de algunos procedimientos invasivos, por ejemplo, la biopsia de vellosidad corial, la amniocentesis y la cordocentesis. También en algunas terapias intrauterinas como la transfusión fetal intrauterina, la punción de quistes fetales y como apoyo en algunas técnicas de cirugía fetal»³⁸⁹

En otras palabras, del examen de ultrasonido y su posterior análisis es posible que nazca el deber de profundizar, mediante técnicas de mayor complejidad, en el estudio con miras a obtener un diagnóstico certero del estado de salud del *nasciturus*.

Lo dicho hasta acá da cuenta de ciertos deberes que se integran al contrato médico -de acuerdo al análisis de la construcción de la regla contractual- que configuran el contenido específico de las prestaciones que competen al profesional sanitario a cargo del seguimiento de la gestación y que por tanto permiten dibujar el plan ideal de prestación.

En esta línea estimamos que la realización de los exámenes reseñados en este punto -que bien pueden ser caracterizados como ‘exámenes y análisis simples’³⁹⁰ o rutinarios’- responden a la idea de obligación de resultados³⁹¹ pues el médico se erige como garante de la salud tanto de la gestante como del *nasciturus* debiendo realizar todos aquellos exámenes que la *lex artis* -ya declarada por el legislador ya descubierta mediante otros medios- señalan como piso mínimo para el correcto seguimiento de un embarazo y posterior nacimiento en condiciones de salud del niño o niña, teniéndose que el profesional sanitario cumplirá su obligación únicamente cuando conste la realización efectiva de aquellos en el correspondiente historial clínico..

Consecuencia de lo dicho es que si del análisis de los exámenes simples se descubre evidencia que de acuerdo al saber médico haga necesario profundizar los análisis de la salud fetal (v.gr. descubrimiento de riesgo de anomalías cromosómicas en ultrasonido en semana 10) nazca la obligación profesional de informar la existencia y conveniencia de la realización de exámenes más complejos e invasivos (v.gr. amniocentesis, cordocentesis, biopsia del vello coriónico, etc.)

³⁸⁹ Clínica Las Condes «Programa de control prenatal» disp. en: <https://www.clinicalascondes.cl/CENTROS-Y-ESPECIALIDADES/Especialidades/Departamento-de-Ginecologia-Obstetricia/Unidad-de-Medicina-Materno-Fetal/Programa-de-Control-prenatal>

³⁹⁰ Corte Suprema «Treizman Sacks y otros con Clínica Las Condes S.A. y otro» Rol N° 5883-2012, 5 de junio de 2013.

³⁹¹ Claro es que, de no consentir la madre en la realización de aquellos, o no presentarse en los días al centro sanitario donde estos habrían de ser practicados, no puede reclamarse un incumplimiento por parte del médico

que permitan confirmar o descartar la presencia de enfermedades en el *nasciturus* y el impacto que estas puedan tener en él. En este punto, y como hemos sostenido en el capítulo anterior, la obligación de información tiene carácter de resultado, siendo la entrega de información completa la única forma en cómo el médico puede cumplir con las obligaciones que nacen de la relación comercial con la gestante. Destacamos que la información debe entregarse en todo momento por lo que también la ausencia de esta acerca de los resultados de los exámenes determina también el incumplimiento de las obligaciones que competen al médico.

Creemos que la realización exámenes ‘complejos’, esto es aquellos que permitan un diagnóstico más certero del estado del feto, no puede ser calificada como de resultado pues al implicar en su mayoría un grado de invasión y riesgo superior en el cuerpo de la gestante como de la criatura en su vientre, interviene el consentimiento de la mujer como eventual obstáculo a la realización de estos por lo que entran más bien en la órbita de la información obligatoria (i.e. obligación y consentimiento informado) que debe entregarse al paciente posterior a la etapa de análisis de los datos arrojados por los exámenes, cuya naturaleza si corresponde, en cambio, calificarla como de resultado según señalamos más arriba y en el capítulo anterior. Cuestión similar sucede con el diagnóstico concreto que haga el profesional, cuyo contenido se construye de acuerdo a los conocimientos que diligentemente han de ponerse a disposición del paciente, asemejándose más a una obligación de medios que de resultados y que, en consecuencia, han de juzgarse de acuerdo a los postulados de la *lex artis* que introduce parámetros objetivos con los cuales comparar la conducta del médico.

De aquí cuatro hipótesis generales de incumplimiento, más una quinta que por su especificidad será tratada aparte, pueden ser utilizadas para fundamentar el daño causado a la actora. Las hipótesis generales quedan compuestas por la ausencia de exámenes simples; no ofrecimiento de exámenes complejos; falta de información oportuna y; error diagnóstico.

En cuanto al daño derivado de las hipótesis generales, dado el carácter restrictivo de la legislación nacional en materia de aborto, estimamos que este no ha de ser fundado, como vimos en materia de derecho comparado, en la «privación a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo»³⁹² ya por desconocimiento del estado de la criatura en su vientre (ausencia de información) ya por errores diagnósticos (i.e. ‘falsos negativos’, donde se asegura

³⁹² (Macía Morillo Op.cit., 187)

la salud del feto y posteriormente nace enfermo) sino más bien, como ya han puesto de manifiesto algunos autores nacionales³⁹³ ³⁹⁴, en las lesiones que tanto la privación de información entregada a tiempo -antes del parto- (lo que se relaciona también con la ausencia de exámenes simples y no ofrecimiento de exámenes complejos) y un diagnóstico erróneo, ocasionan a nivel psíquico (i.e. daño moral) configurado según señala Romero Coloma, cuya opinión compartimos en parte, por

la sorpresa que supone conocer el estado enfermo del hijo que creían sano o, en otras palabras, por no haber podido prepararse psicológicamente, o económicamente —o ambas cosas a un tiempo— frente al nacimiento del niño discapacitado.³⁹⁵

Y, a nivel patrimonial, determinado por la inducida imprevisión de los gastos extraordinarios derivados de la condición enferma del hijo/a, cuyo monto estimamos, ha de ser calculado prudencialmente por el juez en atención a la restrictiva legislación sobre aborto no permite, de todos modos, sortear aquellos costos extra.

Compartimos en parte la opinión de la citada autora española pues conceptualiza el daño como ‘de rebote’ derivado de la condición enferma del hijo, es decir, los padres serían las víctimas indirectas mientras que la víctima directa sería el nacido.

Creemos que en nuestro país conceptualizar el daño de los padres como de rebote presenta cierta problemática según destaca Mondaca³⁹⁶ -con quien también solo en parte compartimos su opinión según diremos- pues la acción de daño por rebote se ha limitado a los casos de lesiones graves o muerte de la víctima directa³⁹⁷ (el nacimiento del hijo no es equiparable a la muerte) y que tratándose de daño patrimonial este se ha circunscrito al perjuicio sufrido por las víctimas indirectas al verse privadas del beneficios económicos que la víctima directa proporcionaba (no se ve cómo un recién nacido pueda proporcionar auxilios pecuniarios a otros, de acuerdo a las hipótesis que ha aceptado nuestra doctrina y jurisprudencia, sobre todo en casos de accidentes laborales).

³⁹³ (Munita 2017)

³⁹⁴ (Mondaca et al. Op.cit.)

³⁹⁵ (Romero Coloma 2010, 2567)

³⁹⁶ (Mondaca et al. Op.cit. 42-43)

³⁹⁷ (Barros 2010, 241-242; 345-357)

Al igual que el autor -Mondaca- estimamos que el daño tanto moral como patrimonial que los padres pueden alegar es un daño directo a sus propios intereses legítimos y significativos, en la medida que de haberse informado a tiempo la enfermedad del *nasciturus* o de no haberse errado negligentemente en el diagnóstico se habría permitido la opción de que el nacimiento en condiciones de enfermedad hubiese sido enfrentado con una mayor preparación y sostén emocional³⁹⁸ y también económico. Lo que no compartimos es que el autor señala que de considerarse el daño como de rebote -repetimos, creemos al igual que este autor que el daño es directo, pero no compartimos algunos de sus motivos- se caería en aquello que se pretende evitar, esto es, la calificación de la vida misma como daño. Estimamos que ello no es así por un simple motivo. Como hemos señalado, la madre o padres accionantes de *wrongful birth* han de fundar su acción no en la privación de la facultad de abortar sino en las lesiones directas a sus propios intereses psíquicos y patrimoniales que el incumplimiento de las obligaciones de información y diligencia, que competen al profesional sanitario, tienen como consecuencia. En otras palabras, la alegación viene determinada por los efectos que el incumplimiento del contrato en que es o son parte tiene en su órbita personal, independizándose por tanto del estado de enfermedad del hijo y de su vida misma. Admitimos que la diferencia es sutil, pero recalcamos, no se alega que la vida del nacido causa daño, se alega que el incumplimiento lo causa.

Por último, en relación a la hipótesis específica que señalamos más arriba, esta viene determinada por la causal N° 2 del artículo 119 del Código Sanitario modificado por la Ley N° 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, esto es que «el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.». Estimamos, a diferencia de Corral que rechaza la posibilidad de accionar fundado en esta causal³⁹⁹, que este caso es asimilable a las hipótesis descritas en derecho comparado, donde la ausencia de información oportuna o de un diagnóstico acertado ocasiona una lesión a la autodeterminación de la gestante traducida en la privación de la facultad de que la mujer manifieste de manera «expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo»⁴⁰⁰ que puede tener como consecuencias el shock psicológico que significa ver al hijo/a recién

³⁹⁸ (Ibid., 40)

³⁹⁹ (Corral 2017)

⁴⁰⁰ Art. 119 Código Sanitario.

nacido gravemente enfermo o deformado y tener que aceptar sin preparación previa ni sostén alguno que su condición enferma hace inviable su vida fuera del vientre sumado a los gastos que implica llevar a término un embarazo que la ley autoriza a interrumpir en virtud del fatal destino que le depara al *nasciturus* y todos aquellos costes extraordinarios que implique la breve sobrevivencia del niño/a.

B. Diagnósticos preconceptivos, preimplantatorios y procreación artificial

1. Trataremos estos casos en conjunto por la conexión existente entre los diagnósticos que dan título a este acápite y las TRHA según señalamos al comienzo de este trabajo⁴⁰¹

Los diagnósticos preconceptivos bien pueden ser utilizados si posteriormente se desea procrear naturalmente o bien como paso previo para la determinación de la técnica de procreación asistida más adecuada. Dígase nuevamente que los exámenes preconceptivos, asociados a la planificación de un embarazo responsable, tienen como objeto averiguar las condiciones de salud de la gestante o de ella y su pareja a fin de averiguar si la primera se encuentra en condiciones óptimas para alojar un ser en su vientre y -caso que nos interesa especialmente- si existen riesgos que amenacen a la futura descendencia. Mientras que, en el caso de los diagnósticos preimplantacionales, cuya existencia se liga a la aplicación de una TRHA, se pretende el descubrimiento de alteraciones cromosómicas y genéticas en embriones generados mediante técnica FIV⁴⁰² con el objeto de obtener descendencia sana y terminar con el patrón hereditario de determinada enfermedad transmisible.

Respecto a este tipo de diagnósticos, el deber de información cobra especial relevancia. Este deber puede ser dividido en dos facetas. La primera, que busca el consentimiento del paciente, y la segunda que busca su conocimiento del resultado de los exámenes practicados. Es esta última faceta la que más destaca para las acciones en estudio.⁴⁰³ Diremos en todo caso, que consultado el médico por quien desea concebir a futuro mostrando interés en un nacimiento sano

⁴⁰¹ (Vid. Capítulo I, 2 y 3)

⁴⁰² (Vid. Capítulo I, 1.2)

⁴⁰³ (Macía 2003, 232)

de su futura descendencia, compete al primero el deber de informar acerca de los tratamientos disponibles que permitan conocer los riesgos que puedan presentarse en la progenie y por supuesto recabar su consentimiento para la aplicación de los tratamientos pertinentes. Por tanto, el médico recomendará en el caso de exámenes preconceptivos análisis como el cariotipo genético o el *carrier screening*⁴⁰⁴ entre otros que estime convenientes o, DGP en sus diversas variantes en el marco de exámenes preimplantatorios⁴⁰⁵, pudiendo descubrirse negligencia en el ofrecimiento de exámenes y tratamientos cuando la historia clínica del paciente específico haga recomendable el seguimiento de determinadas técnicas con la finalidad de cumplir el deseo de una descendencia sana. Esta obligación estimamos es de resultados, en la medida que sean descubiertos ciertos indicios en la etapa pre diagnóstica que aconsejen la realización de determinados exámenes y tratamientos y, que la intención de tener una descendencia sana pueda ser claramente tenida como un interés legítimo ingresado al contrato.

Volviendo a la segunda faceta, es en este punto donde podrían presentarse mayormente las reclamaciones de responsabilidad por *wrongful birth*, cada vez que sea posible establecer el error en la información entregada o completa ausencia de esta.

En el caso de yerro en la información por mal diagnóstico sólo podrá establecerse la responsabilidad del médico en la medida en la que el error pueda ser reconducido a una infracción a la *lex artis*, pues como señalamos anteriormente⁴⁰⁶ el médico por regla general sólo se obliga a un comportamiento diligente acorde a las reglas de su profesión y no a comportamientos imposibles, cada vez que existen riesgos inherentes a la *praxis*, eventos de probable ocurrencia que la misma *lex artis* indica como posibles, dentro lo que encontramos los casos donde el avance de la ciencia médica no permite descubrir con certeza matemática el estado de salud del paciente. Por este motivo, como señala Macía Morillo, el comportamiento negligente del profesional se presenta en los casos en que la información se realiza de manera defectuosa (v.gr. se entregan los resultados de un paciente distinto o la información es confusa) o bien esta no existe. En ambos casos, la gestante recibe «la impresión de que no existen problemas de cara a la concepción futura»⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ (Vid. Capítulo I, 3.1, a y b)

⁴⁰⁵ (Vid. Capítulo I, 3.2, a, b y c)

⁴⁰⁶ (Vid. Capítulo IV, 3.1 a)

⁴⁰⁷ (Ibid., 232)

Esta problemática nos redirige al contenido del deber de informar. Volveremos sobre lo dicho⁴⁰⁸ para señalar que los riesgos que debe informar el profesional sanitario en el marco de diagnósticos preconceptivos y también preimplantatorios son aquellos que se vinculan a la intervención respectiva y a las circunstancias del caso y que, de acuerdo a los actuales avances de la ciencia, fijados por protocolos y literatura atingente al tratamiento aplicado⁴⁰⁹, son de frecuente ocurrencia y aquellos calificables como graves.

La introducción de parámetros objetivos en la construcción del contenido del deber de informar nos permite afirmar que esta es una obligación de resultados, quedando el médico, valga la redundancia, obligado a informar a la gestante sobre el estado de salud del *concepturus*⁴¹⁰ o del embrión preimplantacional, es decir, de todos aquellos males previsibles, en razón de los síntomas, indicios y diagnóstico de la gestante en específico (y su pareja o donante), «explicando en concreto las características de la posible enfermedad, la probabilidad o certeza de que se manifieste sobre la descendencia futura y las opciones existentes para los progenitores (concepción artificial, interrupción del embarazo..., etc.)»⁴¹¹, teniéndose en definitiva que «la información parcial al respecto o la omisión de información será un comportamiento negligente.»⁴¹². Por último, dígase que en función de la previsibilidad de los riesgos que han de ser informados no puede ser calificado como negligente el comportamiento médico si este omite la información acerca de riesgos atípicos sobre los cuáles no se descubren indicios o síntomas en la paciente.

Antes de pasar al tratamiento del daño que puede ser alegado por los accionantes de *wrongful birth* permítasenos una cita por la claridad, contundencia y síntesis de su exposición

Si se trata de procreación asistida, la responsabilidad del médico resulta todavía más clara: el deber de diagnosticar y asesorar sobre los riesgos genéticos alcanza un grado de exigencia más elevado, por lo que comparto la opinión de tan citado autor español⁴¹³ de que tal deber

⁴⁰⁸ (Vid. Capítulo IV, 2.2, B.2)

⁴⁰⁹ (Vid. Capítulo IV, 2.2, C)

⁴¹⁰ (Ibid., 236)

⁴¹¹ (Ibid., 237)

⁴¹² (Ibid.)

⁴¹³ Se refiere a Fernando Pantaleón Prieto.

pesa, aunque los padres no hayan consultado, pues el médico coparticipa activamente en la procreación, y además lo hace como experto⁴¹⁴

2. De no cumplir el médico con su deber de informar en los términos antes expuestos, su comportamiento «impide que los progenitores dispongan de toda la información relevante para decidir libremente si concebir o no»⁴¹⁵ en el caso de los diagnósticos preconceptivos y en el caso de los diagnósticos preimplantacionales, impide la elección y/o la implantación del embrión (que es lo mismo que decidir procrear o no) que se halle en condiciones de salud óptimas para su posterior implantación en el seno materno.

Dijimos⁴¹⁶ que el fundamento del deber de informar reside en la protección a la autodeterminación del paciente y que compartimos la idea de que la omisión de la información de un riesgo sin daño posterior, en cuanto infracción a la norma consagrada en el artículo 8 de la Ley N°20.584 y lesión de un interés -en este caso la autodeterminación-, no posee la entidad suficiente como para dar pie a una indemnización en clave de responsabilidad civil. Por ello estimamos que el incumplimiento del deber de informar debe aparejarse al acaecimiento de otras circunstancias dañosas, identificándose el daño en los efectos⁴¹⁷ que la lesión al derecho a la información implica y no en la privación misma del tal derecho⁴¹⁸. Por este motivo, la configuración del daño ha de afirmarse, para el caso de: 1) diagnósticos preconceptivos, en base a la privación de la decisión de adoptar una decisión informada -cuyo fundamento es la autodeterminación y libertad del paciente- acerca de la descendencia futura, esto es, procrear/no procrear o someterse a tratamientos previos a la concepción que permitan eliminar o bien reducir el riesgo de transmitir una enfermedad a la progenie y, 2) para el caso de los diagnósticos preimplantatorios, la privación de una decisión informada en aras a consentir únicamente la implantación uterina de aquellos embriones cuya salud es tendiente a la certeza y/o -sólo en este tipo de diagnóstico- en el error en la implantación del embrión por el médico a cargo (i.e. el médico implanta un embrión afecto a alguna patología en vez de aquel que no la presenta) que bien puede derivar de la deficiente elección previa de los gametos (por ejemplo si estos son donados y no se hace una correcta examinación de ellos e incluso si la fecundación es

⁴¹⁴ (Llamas Pombo Op. cit., 190)

⁴¹⁵ (Macía Morillo 2009, 173)

⁴¹⁶ (Vid. Capítulo IV, 2.2, B.1 y B.3)

⁴¹⁷ (Vid. Supra 3.2)

⁴¹⁸ (Macía Morillo 2003, 357)

homocigótica) o de una negligencia sin causa previa. Como se aprecia, la fundamentación del daño es bastante similar a aquella expuesta en materia de derecho comparado donde, como hemos visto, el daño se basa en la privación de la posibilidad de optar libremente por la interrupción del embarazo, pero en este caso, por las circunstancias en que la concepción se lleva a cabo es posible prescindir del requisito del aborto, teniéndose en cuenta que «en la mayoría de los ordenamientos podrían llegar a plantearse -si aún no se han planteado- demandas por *wrongful birth* y *wrongful life* en el contexto de un falso negativo en el diagnóstico preconcepcivo»⁴¹⁹ agregándose, según vimos, el diagnóstico preimplantacional.

En ambos casos diagnósticos, los efectos de la lesión al derecho a la información traen aparejados daños psicológicos -daño moral- evidenciados en la lesión a la autodeterminación traducida en la imposibilidad de decidir libremente sobre el propio futuro procreativo y en el shock psicológico que puede significar para la madre o a esta y su pareja al ver en el momento mismo del parto que el hijo sano que esperaban se encuentra gravemente enfermo⁴²⁰. También dentro del espectro de posibilidades de daño moral puede ser alegado el sufrimiento de los padres por el nacimiento de un hijo enfermo, la contemplación del desarrollo de un niño con malformaciones que probablemente jamás podrá valerse por sí mismo, la impotencia, rabia, culpa, ansiedad y angustia. Permítasenos remarcar otra vez que todos estos daños se hallan ligados a la condición enferma del niño/a, pero el daño sufrido es personal y desligado de la vida del primero pues no derivan del hecho de su nacimiento sino de la lesión a intereses propios y directos de los padres como lo son la autodeterminación, libertad y el derecho a la información. En definitiva, es la situación en sí y no su causa la que produce el daño en la esfera anímica de la víctima⁴²¹

Cerrando por ahora lo relativo a daño moral, sea dicho que el monto final que se otorgue en atención al shock o impacto psicológico, creemos que puede ser graduado en función de si ha sido entregada información anteriormente y el grado de certeza de esta. Por ejemplo, estimamos de todos modos indemnizable el daño por esta partida si la enfermedad fue informada dos días antes del parto, lo mismo si la información entregada equivalía a una sospecha vaga dada por el

⁴¹⁹ (Macía Morillo 2009, 173)

⁴²⁰ (Vicandi Op. cit, 52)

⁴²¹ (Macía Morillo 2003, 372)

análisis de un examen no completamente idóneo para descubrir con mayor grado de exactitud la patología.

Las mismas razones que fundamentan una alegación por daño moral permiten señalar que existe un perjuicio económico resarcible que puede ser dividido en dos partidas: por un lado, el menoscabo económico por la enfermedad del nacido/a y por otro aquel determinado por la imprevisión a la que la madre o los padres se ven arrastrados.⁴²² La primera partida se configura por los gastos médicos y todos aquellos gastos extraordinarios que se añaden a la mantención del hijo/a enfermo, directamente relacionados a la patología que lo afectan y que no digan relación con gastos ordinarios, esto es, alimentos que se deban por ley, según señalan los artículos 321 y siguientes de Código Civil. Estimamos que cualquier pretensión que pretenda el resarcimiento de gastos identificables como alimentos ha de ser rechazada por tratarse de una obligación inherente a la maternidad y paternidad, personalísima, intransmisible e intransferible (art. 334 CC)⁴²³ «motivo por el cual no podría reclamarse a un centro sanitario o aun médico, independientemente de la incidencia que hubiesen tenido en el nacimiento del menor»⁴²⁴. No obstante, sí podrían reclamarse los gastos extra que supone la condición del hijo traducidos en necesidades de educación especial, adaptación de la vivienda, constantes visitas y tratamientos médicos, auxiliar de enfermería, etc. Se trata en todo caso, de una partida cuya aceptación es extendida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada⁴²⁵ y de entrada no vislumbramos mayores inconvenientes legales para una eventual aceptación en nuestro país.

La otra partida de daños viene determinada por la imprevisión. Señala Vicandi⁴²⁶ que se toman como base los mismos gastos analizados en la partida anterior añadiendo un incremento proporcional dado por la falta de previsión a la que fue inducida la gestante o esta y su pareja, fruto del desconocimiento del estado del hijo hasta el momento del parto. Debe destacarse que esta partida sólo puede ser reclamada en la medida que aparezca el elemento sorpresa, esto es, el desconocimiento del estado enfermo del niño o niña. Por tanto, creemos que su monto debe

⁴²² (Vicandi Op.cit., 50)

⁴²³ Corte Suprema Rol N°6424-2010 estima que no es posible demandar aumento de la pensión de alimentos a los herederos del alimentante, atendido que la obligación de alimentos no es transmisible per que sin embargo constituye una baja general que grava la masa hereditaria

⁴²⁴ (Ibid., 51)

⁴²⁵ (Vid. Vicandi Op. cit.; Romero Coloma Op. cit.; Mondaca et al Op.cit.; Macía Morillo 2009, De Ángel Yáñez Op. cit.)

⁴²⁶ (Vicandi Op. cit., 51)

necesariamente ser ponderado en atención a las circunstancias del caso y, como señalamos más arriba, un conocimiento pocos días antes del parto o uno vago e impreciso no elimina necesariamente su procedencia.

1.4. Daño en las acciones de wrongful life

a) Procreación natural

A diferencia de como ocurre en las acciones de *wrongful birth* que pudieren ser planteadas por lesiones ocurridas a los intereses de la gestante (o padres) que han procreado naturalmente, resulta complejo fundamentar menoscabos efectivos dentro la esfera de intereses del menor nacido gravemente enfermo o malformado que puedan ser reconducidos al actuar del profesional sanitario.

La restrictiva legislación de aborto en nuestro país cierra la puerta a uno de los argumentos que han sido vertidos en derecho comparado por cuanto indiferente de si la actuación del médico se ajusta a la *lex artis*, cumple con todos los deberes que su profesión le impone o bien actúa de manera negligente y/o incumple algún deber de conducta, no existe de todos modos la posibilidad de evitar el nacimiento del gestado -salvo el caso de alguna de las tres causales permitidas⁴²⁷- cuyo estado de salud, conocido o no, es grave e incurable. Incluso si existiese una legislación menos restrictiva (v.gr. caso de España o E.E.U.U.) se ha señalado que la facultad de acceder a la interrupción voluntaria del embarazo se atribuye a «la gestante en atención a sus propios intereses, no en atención a los del *nasciturus*, que no es titular de la misma»⁴²⁸ limitando la opción del nacido enfermo de valerse del argumento de que la omisión de información o erróneo diagnóstico ha impedido que su madre optase por interrumpir el embarazo, teniéndose

⁴²⁷ Aun así, la única causal aplicable a las acciones analizadas sería la de inviabilidad extrauterina, cuestión que de principio nos parece incompatible con las alegaciones por *wrongful life* pues de llegar a nacer, las esperanzas de la sobrevivencia del menor son reducidas. Podría plantearse la transmisibilidad de la acción a sus herederos, pero caeríamos en las aún confusas aguas de la transmisibilidad de la acción por daño moral. En lo relativo al daño patrimonial creemos que este no podría ser alegado si nos encontramos en esta causa por la simple razón de que la pronta muerte del menor borraría consigo cualquier daño en su patrimonio.

⁴²⁸ (Macía Morillo 2009, 190)

que a causa de aquello ha nacido afectado por alguna patología incurable, salvo que intentase conceptualizarse el menoscabo al menor como daño por rebote, cuestión que como dijimos puede resultar problemática.

En cuanto a la lesión al derecho a la información al menos en principio este se establece también en atención a los intereses de la gestante o los padres. De hecho, los artículos 8 y 10 de la Ley N°20.584 señalan que «toda persona» tiene derecho a ser informada de manera suficiente, oportuna, veraz y comprensible acerca del estado de su estado de salud, diagnóstico y alternativas de tratamiento, por lo que podría señalarse que, al momento de la infracción del médico, la criatura no era aún persona por tanto no era sujeto del derecho a la información. Sin embargo, podría señalarse rebatiendo que en el caso del seguimiento del embarazo el médico tiene la obligación -de medios- de procurar tanto la salud de la gestante como del *nasciturus* por lo que ha de ser consciente de que cualquier desvío doloso o culpable de sus obligaciones puede tener consecuencias dañosas en el gestado. Incluso, podríamos señalar que el contrato que liga a la gestante y al profesional sanitario tiene efecto protectivos respecto a terceros y que por tanto el médico ha de atender a los deberes de prestación (v.gr. seguridad, diligencia e información) considerando el impacto que estos podrían tener en la esfera de intereses del tercero -*nasciturus*- en relación de proximidad. No obstante, aún de tener lo anterior por acertado nos estrellamos con el hecho de que, ante la alternativa diligente del profesional, esto es, informar de la enfermedad a tiempo o entregar un diagnóstico certero, de igual manera el nacimiento en condiciones de enfermedad se habría producido, sin tener mayor relevancia para la vida del niño o niña la actividad anterior del médico, pues es evidente que aquella conducta no habría permitido curar la patología. Esto nos reconduce al problema de causalidad pues es innegable que el menor de edad sufre por la condición penosa de su existencia, pero este ha de ser fáctica y objetivamente reconducido al actuar de un tercero -el médico-, tarea que se encuentra destinada al fracaso. Profundizaremos en el punto siguiente dedicado al tratamiento de la causalidad.

Por último, no obstante cerrarse la posibilidad de reclamar daños derivados de la conducta del profesional sanitario, queda abierta la opción de buscar la responsabilidad que pueda empecer a los padres. Esta opción ya ha sido discutida en otros países⁴²⁹ no exenta de arduos debates y, no

⁴²⁹ Por todos vid. Llamas Pombo Op.cit.

obstante, pese a no ser el objeto de este trabajo profundizar en esta hipótesis, nos parece que no puede dejar de discutirse la supuesta responsabilidad que cabría a los padres que, a sabiendas (informados por un profesional/consejero genético) del riesgo elevado de transmitir una enfermedad a su descendencia, deciden de todos modos procrear. Evidenciamos una actitud que podría ser calificada incluso de dolosa, empero, existen otros factores a analizar que podrían permitir apaciguar el juicio tales como la libertad de procreación, el derecho a la intimidad y privacidad de la familia, entre otros.

b) Procreación artificial

1. El panorama cambia bastante si el evento lesivo sucede a propósito de la aplicación de alguna TRHA al punto que ha dicho Llamas Pombo que «la responsabilidad del médico frente al nacido es tan clara, que incluso quienes niegan la legitimación de este en la procreación natural, la admiten en este caso»⁴³⁰. Señala dicho autor que al disociarse sexualidad y procreación ya no se encuentran implicados los derechos de los padres como la intimidad y el desarrollo de la personalidad a lo que agrega que en la procreación natural es discutible el deber médico de impedir que la criatura nazca gravemente enferma pero que es claro que en la procreación asistida es indudable que pesa sobre el profesional un deber de no contribuir al daño, esto es, a no causar un *wrongful life*⁴³¹. Ayuda a concluir aquello lo que habíamos citado más arriba, el médico coparticipa en la procreación y además lo hace como experto por lo que sus obligaciones se intensifican.

Como método de rechazo generalizado a las acciones de *wrongful life* -además del nexo causal que se estima fallar en cuanto uno elemento de la responsabilidad- se ha argüido que la mayoría de las obligaciones y deberes que el médico puede infringir relacionados al nacimiento de un niño o niña en condiciones de enfermedad no se hallan establecidos en atención a los intereses de los primeros sino de los progenitores. Así, tanto la libertad de procreación como los derechos de información, al igual como señalamos más arriba, no alcanzarían con su radio protector más

⁴³⁰ (Llamas Pombo Op.cit., 191)

⁴³¹ (Ibid.)

que a la gestante/padres⁴³². Ahora bien, pese a que en principio parece razonable lo señalado, no compartimos tales razonamientos, sobre todo tratándose de negligencias en marco de TRHA, pues de aceptarlos caeríamos en el absurdo de hacer al médico responsable frente a los padres por el shock psicológico, privación en la elección y los daños patrimoniales derivados de los gastos extras que supone la crianza de un menor gravemente enfermo, pero no frente a este último, principal afectado y, quien en definitiva sufre los males de la patología.

Se suma, como obstáculo, según muchos autores⁴³³ que «parece quedar fuera de dudas que es la propia vida lo que se reclama como daño»⁴³⁴ lo que nos reconduce al problema del rechazo de la calificación de la vida como daño en sí misma. Esto último, creemos no es necesariamente cierto, pues aún pueden alegarse otros daños alejados de la vida misma (o el nacimiento) e incluso puede fundamentarse que existe una manera de calificar la vida como daño sin conculcar su consagración como bien jurídico supremo en cualquier ordenamiento jurídico.

2. Partiremos diciendo que «las demandas de *wrongful life* no tendrían por qué, necesariamente, fundarse en la lesión que significa una vida»⁴³⁵ sino en el menoscabo principalmente moral que suponen tanto la negligencia -dada por el error en la elección de gametos libres de patologías, la implantación de un embrión no sano y la ausencia de un procedimiento informativo oportuno que hubiese permitido impedir el nacimiento en condiciones de enfermedad- y, aunque más complejo de fundamentar, la omisión de la información obligatoria. Los resultados de estas actitudes pueden ser relacionadas también con la vida en condiciones penosas para el menor de edad.⁴³⁶

En cuanto al daño indemnizable, estamos convencidos que una lectura de este como lesión a intereses legítimos y significativos (vid. Supra 2.1 b), permite sustentar «la lesión de un menor, cuyas posibilidades de vida se vieran afectadas por una falla en un diagnóstico adecuado, o bien,

⁴³² Los autores parecen razonar en torno a la idea del fin protector de la norma según la cual se desprende que ante la infracción de una norma sólo aquellos quienes sean en definitiva destinatarios de esta estarán activamente legitimados para el ejercicio de la acción correspondiente

⁴³³ Por todos vid. Macía Morillo (2009, 189)

⁴³⁴ (Ibid.)

⁴³⁵ (Mondaca et. al. Op. cit., 47)

⁴³⁶ (Ibid.)

en el tratamiento oportuno que debió haber sido dispensado, bien a los padres, bien al propio menor»⁴³⁷

3. Sin entrar en el tratamiento de la causalidad, que es donde se ha de resolver respecto a esta hipótesis, estimamos que existen dos caminos posibles, relacionados con el estatuto aplicable, para que un niño o niña afectado pueda accionar de *wrongful life* en el contexto de daño causado a propósito de procreación asistida.

En primer lugar, parece ser obvio que, al no estar ligado el nacido enfermo con el médico por contrato alguno, cualquier reparación que el primero pretenda del último ha de intentarse de acuerdo a las normas que rigen la responsabilidad extracontractual. En efecto, los artículos 2314 y 2329 CC, reflejan de manera evidente, un principio que trasciende a todo el Derecho, a saber, el *alterum non laedere* -no dañar al prójimo- y los deberes que de él se desprenden⁴³⁸. Creemos que no existe ningún motivo plausible para limitar su aplicación al campo del inicio de la vida, perdiendo fuerza cualquier argumento extrajurídico, más aún si consideramos que por un lado el profesional sanitario debe actuar de acuerdo al principio de No maleficencia (como criterio de ponderación junto a los demás deberes bioéticos) cuya orientación toma de base el '*alterum*' y, por otro, que de los derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y psíquica, privacidad, honra, entre otros puede tal deber desprenderse sin mayores rodeos.

Repetimos, el médico tiene un deber de no causar daño a otros, de prevenir que sus actos devengan en lesiones a las órbitas de intereses protegidos del otro, siendo el destinatario de no dañar «aquel que presente una adecuada y congruente relación con la amenaza, aunque no sea, en lo inmediato, el titular del bien jurídico que la sufre»⁴³⁹. Esto, porque si bien es cierto que en el momento en que el profesional sanitario actúe con negligencia u omita la entrega de información no existe en la figura del *concepturus* o embrión un 'otro' que sea a la sazón sujeto de derechos, sin lugar a dudas, no significa otorgar un espacio de actuación sin control ni

⁴³⁷ (Ibid., 49) Para el autor también esta lectura permite extender la indemnización por daño moral a personas carentes de discernimiento o incapaces de comprender el dolor propio (v.gr. personas en coma o estado vegetativo). Cita como ejemplo sentencia de la Corte Suprema de 11 de abril de 1995 donde se indemniza a menores por la muerte de su padre, en razón de una pérdida irreparable y menoscabo moral, aún cuando a la sazón no estaban en condiciones de comprender su situación.

⁴³⁸ (Barrientos 2010, 166)

⁴³⁹ (Federico de Lorenzo 2017, 156)

responsabilidad, dado que el daño hallará su forma de manifestación en las posteriores etapas del desarrollo embrionario y finalmente, al nacer comenzará a ser sufrido por una persona.

Otro camino que podría tomarse depende de cuan plausible se estime la idea del contrato con efectos protectivos hacia terceros⁴⁴⁰ que permitiría hacer extensible al menor de edad afectado el estatuto contractual y en consecuencia, entender que ciertos deberes, distintos del interés principal que es la procreación y que por tanto pueden ser calificados como deberes secundarios, que en principio serían exigibles únicamente por la gestante/padres contratantes, pueden también ser utilizados por el nacido enfermo (las más de las veces, representado por sus padres), en atención a su innegable proximidad con la órbita de intereses de las partes integrantes del contrato.

4. Independiente del estatuto escogido para demandar, como señalamos, el daño no necesariamente ha de fundarse en la vida misma, bien pudiendo hacerlo basados en la privación de la posibilidad de tener una vida normal, sin afirmar un disvalor, y que una vida enferma es a todas luces una situación que implica dolor, imposibilidad de disfrutar de la misma manera que personas no enfermas, dependencia de otros y, en definitiva, la limitación a tener un proyecto de vida propio, cuestiones todas traducibles a daño moral. De este modo el sufrimiento del niño o niña no comienza en la vida en sí sino en aquel derivado del hecho mismo de la enfermedad, tara o de su discapacidad que lo califica como diferente⁴⁴¹. En otras palabras, se ha dicho

El niño discapacitado no reclama realmente por vivir, sino por vivir discapacitado; no es la vida el daño, sino el hecho de vivir en las condiciones en que se encuentra el niño. Son, pues, las malformaciones, defectos o enfermedades a los que se ve sometido el origen del dolor por el que reclama, lo que menoscaba su patrimonio espiritual, en definitiva. Así, no se trata tanto de que el niño deseara no haber nacido, o que considere que es mejor la no existencia que la vida, como de que no desea esa vida que le ha tocado, enferma o discapacitada.⁴⁴²

A lo que se agrega

⁴⁴⁰ (Vid. Supra 1, 1.3)

⁴⁴¹ (Macía 2003, 423-424)

⁴⁴² (Ibid. 428)

al daño se podría encuadrar en algunas de las categorías que tradicionalmente se han elaborado dentro de los daños no patrimoniales, pues contiene componentes de todas ellas (según la enfermedad o defecto de que se trate): pérdida de las alegrías de la vida, daño a la vida de relación, pérdida de la juventud o perjuicio juvenil, daño estético, etc.⁴⁴³

Lo anterior podría encontrar obstáculo en el hecho que si se reclama dolor y sufrimiento por el hecho de la discapacidad o enfermedad, sería dudoso que este existiera cuando aquella sea de tal gravedad que impida al menor de edad percibir su situación desmejorada, trasladándose la situación al mismo lugar en que se encuentra la indemnización por daño moral en las personas inconscientes, en estado vegetativo, coma, etc.⁴⁴⁴ Sin embargo, compartimos la idea de que la ausencia de discernimiento o conciencia no excluye la posibilidad de daño moral pues

La posible falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter axiológicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizarse, mas no hacen su esencia⁴⁴⁵

Excluir la reparación de daño moral en estos supuestos supone volver a la tradicional concepción de este como *pretium doloris*, cuando «en la práctica el daño moral se produce por el atentado a determinados derechos, bienes o intereses que el Derecho asegura a la persona»⁴⁴⁶ y obviar el hecho que «El dolor y el sufrimiento son las manifestaciones de la lesión en el espíritu o cuerpo, es una consecuencia, nunca ella misma»⁴⁴⁷. En definitiva, aceptar la irresponsabilidad por la especial condición de la víctima es un grave error pues dolor y sufrimiento no son el origen del daño, este radica en el acto u omisión lesiva que se infiere al ámbito de intereses extrapatrimoniales protegidos de la persona.⁴⁴⁸

5. No podemos dejar fuera una idea -nacida de la jurisprudencia anglosajona-, por la lucidez del planteamiento, que incluso podría fundamentarse coherentemente un daño identificado con la vida o nacimiento en sí. Señala Macía Morillo que la ‘vida’ como bien jurídico se encuentra protegido de las lesiones que se puedan inferir a este pero que pese a gozar de la más alta estima

⁴⁴³ (Ibid. 429)

⁴⁴⁴ (Ibid. 431)

⁴⁴⁵ (Ramón Pizarro cit. en Mondaca et. al. Op. cit., 49)

⁴⁴⁶ (Barrientos 2008, 101)

⁴⁴⁷ (Ibid., 102)

⁴⁴⁸ (Ibid.)

en los diversos ordenamientos, generalmente se reconocen limitaciones tales como la asunción de actividades riesgosas, legítima defensa, estado de necesidad, eutanasia y aborto en aquellos lugares donde se encuentren permitidos, lo que da cuenta de un carácter no absoluto de la protección contra los atentados a esta. A partir de esto se pregunta si el bien vida como jurídicamente protegido contra atentados tiene límites ¿no podría ser uno de aquellos límites la calificación de la vida como daño bajo ciertas circunstancias, sobre todo cuando, el que realiza tal calificación es el propio titular?⁴⁴⁹ A esto agrega un punto bastante interesante sobre el entendimiento de qué es lo que en definitiva se encuentra protegido, esto es, la vida y los posibles ataques que pretendan poner fin a la misma o la vida y los posibles ataques contra su concepto como bien supremo⁴⁵⁰. Claramente, la protección de la vida se hace en función de los posibles atentados contra esta y que puedan acabarla, pues de lo contrario se caería en la imposición de determinada creencia sobre lo que es y su valor ontológico, cuestión que escapa de toda lógica jurídica. En consecuencia

A partir de esta idea, se puede afirmar que la reclamación de un daño por el hecho de vivir no es contrario a la protección que contiene el ordenamiento, pues tal protección se dirige a la preservación física o material de la vida, no a mantener un determinado concepto de la misma como absoluta. Por tanto, la relativización que, en su caso, conlleva la identificación de la vida como daño, se produce en torno a la idea de la vida como bien absoluto, pero no en torno a su protección. La demanda de wrongful life no plantea una verdadera contradicción con los valores supremos del ordenamiento, pues no incide de forma directa sobre el contenido principal de los mismos (la protección de la vida); la pretensión del niño no supone realmente un ataque al bien vida que lo ponga en peligro: ni se trata de acabar con la existencia del niño, ni de negar su derecho a ella.⁴⁵¹

Agregándose que

La reclamación de una indemnización por el hecho de vivir en este contexto no contradice ni erosiona el valor de la vida, sino que muestra la particular valoración de un sujeto respecto de uno de sus derechos. Junto a ello, el hecho de que la reclamación de responsabilidad civil no pretende destruir o poner fin a la vida del niño, sino sólo obtener una indemnización que compense o resarza al titular del hecho de llevar una vida gravemente enferma –no un

⁴⁴⁹ (Macía 2009, 192)

⁴⁵⁰ (Ibid.)

⁴⁵¹ (Ibid., 192-193)

ataque, pues, al bien vida, sino a su idea como valor supremo—, permite, como mínimo, dudar del rechazo inicialmente categórico de este daño, pues éste parece estar influido por consideraciones éticas o morales, que, por principio, excluyen *a radice* toda posibilidad de erosionar el bien vida⁴⁵²

6. Sobre el daño patrimonial que podría alegarse por el niño o niña estimamos que este ha de ser considerado improcedente salvo determinados y especialísimos casos. Esto, pues para que esta partida sea indemnizable ha de existir un efectivo detrimento en el patrimonio del menor de edad que tenga relación con la especial condición que lo aqueja. Sin embargo, ante la obligación legal de alimentos que los padres tienen con los hijos, serán los primeros quienes en definitiva soportarán los gastos de la crianza habitual junto a los costes extraordinarios derivados de la enfermedad, partida que puede ser perseguida mediante una acción de *wrongful birth* y que de ser otorgada también al hijo supondría un problema de doble indemnización. Podría señalarse que no habría duplicidad en la medida que a la gestante/padres ha de indemnizarse los gastos inusuales de crianza mientras que al hijo las consecuencias de la discapacidad⁴⁵³. De esto pensamos que, si bien es cierto que los efectos de la condición del menor han de ser indemnizables, estos han de reconducirse al detrimento efectivo que estos generan y tal no puede ser hallado sino fuera del patrimonio, conceptualizado como daño moral o extrapatrimonial, pues el menor no deberá responder, las más de las veces, de gasto alguno, salvo que consideremos la posibilidad de aquellos afecten el peculio propio del niño o niña. Ahora bien, siendo creativos podría señalarse que más allá de los gastos presentes, cubiertos por los padres, el menor sufrirá por la privación de optar por actividades lucrativas que ensanchen su patrimonio, por tanto, la negligencia u omisión del médico se traduciría en una pérdida de oportunidad/chance. Sin embargo aquello sería forzar demasiado el concepto extendiendo la proyección de la oportunidad, de manera poco prudente, hacia el futuro (hasta el momento en que pudiese ejercer una actividad lucrativa) y más aún, estimamos que la probabilidad de acaecimiento del evento favorable no cumple con criterios de seriedad y realidad al tenerse como necesario punto de análisis el hecho de que nos encontramos frente a una persona afectado de alguna enfermedad, patología, deformidad o tara grave e incurable que limita sus posibilidades de ejercicios lucrativos e incluso si llegase eventualmente a hacerlo, existirían

⁴⁵² (Ibid., 193)

⁴⁵³ (Fabre-Magnan cit. en Romero Coloma Op. cit., 2578)

graves problemas con la valoración de la oportunidad perdida pues no quedaría claro si esta habría de hacerse en atención a la posibilidad de ejercer actividades lucrativas sujeta a un patrón común de personas no afectas a patologías o personas en igual situación que el accionante (no vemos otra manera de valorizar la oportunidad). Ante lo dudoso, nos inclinamos por la negativa.

Otra hipótesis -además de la posibilidad de afectación del peculio propio- donde podría darse un menoscabo en el patrimonio del menor de edad sucedería si este luego de nacer queda huérfano y no existe nadie que deba prestarle alimentos. En este supuesto parece un poco más probable que sea el patrimonio del niño o niña el que deba responder de los gastos usuales y extraordinarios derivados de su enfermedad. No obstante, se trata de una situación especialísima y probablemente de escasa o nula ocurrencia, pues ante la ausencia de obligados a prestarle alimentos ha de ser el Estado quien tome esa obligación, relevando al patrimonio del niño o niña de cargar con cualquier tipo de costes.

2. La causalidad

Normalmente, al tratar las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* aun aquellos partidarios de su procedencia suelen encontrar escollos para concluir la plausibilidad de esta en el requisito de la causalidad, independiente del estatuto que se utilice para demandar la responsabilidad del médico. No obstante, desde esta vereda creemos que tales problemas tienen mayor relación con los intereses, derechos o bienes lesionados y las partidas dañosas que suelen señalarse como fundamento y, por tanto, en base a los cuales se decide accionar, que con un problema inherente a las acciones en sí. De este modo, habiéndose diferenciado los daños de acuerdo a si se trata de procreación natural o asistida y exámenes asociados, y entre cada tipo de acción en estudio, creemos que el panorama se ve mucho más alentador y menos árido.

2.1. Procreación natural

a) *Wrongful birth*

No parece complejo establecer la relación de causalidad y señalar que el incumplimiento contractual del médico, determinado por la ausencia de exámenes simples, no ofrecimiento de exámenes complejos en los casos en que sean aconsejables, ausencia de información relevante y oportuna y, errores diagnósticos (hipótesis generales) incida en las lesiones causadas a los intereses de la progenitora pues, determinado el incumplimiento del profesional sanitario (i.e. obligación de informar) se evidencia con claridad que su acción u omisión se halla en relación directa con la distorsión informativa que recibe la paciente. Así, si el incumplimiento radica en la ausencia de exámenes simples, en no ofrecer ni recomendar la realización de exámenes complejos debiendo hacerlo o habiéndose practicado todos los exámenes correspondientes se informa tardíamente sus resultados (i.e. en un momento concomitante al parto) o infringiendo la *lex artis* se otorga un diagnóstico erróneo⁴⁵⁴, se tiene una privación a la gestante del conocimiento del verdadero estado de salud del feto lo que lleva a que sea razonable que se espere un nacimiento en condiciones normales y que por tanto frente al alumbramiento del menor gravemente afectado se sufra un shock psicológico -daño moral- causado por la discordancia entre las expectativas que el comportamiento profesional motivó y la penosa situación real. En este punto compartimos con el profesor Corral, pues aun cuando la responsabilidad vendría, en la mayoría de casos, determinada por una omisión, esta «puede ser causa jurídica de un daño cuando el comportamiento era exigible y es posible determinar o prever que, de haber actuado el deudor, el daño se hubiera evitado»⁴⁵⁵. Lo mismo sucede con los daños patrimoniales configurados por la imprevisión económica, pues de haber informado el médico a la gestante podría esta haber afrontado y preparado de mejor manera los costos extraordinarios que significa la crianza de un hijo enfermo.

⁴⁵⁴ En el caso del diagnóstico erróneo ha de formularse un doble enlace causal. Lo trataremos más abajo a propósito de la ‘hipótesis específica’ de interrupción voluntaria del embarazo por inviabilidad fetal.

⁴⁵⁵ (Corral 2008, 137)

En cuanto a la hipótesis específica (causal de interrupción voluntaria del embarazo por inviabilidad fetal) nos remitimos a lo recién dicho sobre si el incumplimiento del médico se establece en atención a la completa ausencia de información, determinada por no realización de exámenes simples o recomendación de exámenes complejos. Ahora bien, si el incumplimiento se configura por una infracción a la *lex artis* médica cuyo resultado es un diagnóstico erróneo (i.e. lo que se denomina un falso negativo), creemos, al igual que Macía Morillo, que ha de construirse un doble enlace causal: un primer enlace que una el comportamiento del profesional con el diagnóstico erróneo para determinar si su comportamiento significa un desvío imputable de la *lex artis* exigible; y un segundo de relación entre el diagnóstico y el daño reclamado.⁴⁵⁶ Por tanto, si es posible construirse el primer puente causal (i.e. existe un error médico imputable) en cuanto al segundo habrá que argumentar que «el defecto en la información que reciben los progenitores a través del falso negativo, impide la autodeterminación de su conducta, lo que provoca el daño que supone tal privación»⁴⁵⁷ Así, parece razonable señalar que es la actuación u omisión médica es lo que provoca la privación de manifestar la voluntad de interrumpir voluntariamente el embarazo por la causal en comento y, que incluso desde un punto de vista jurídico, el profesional causa el nacimiento del niño al eliminar el posible obstáculo que podía interponer la gestante a tal resultado⁴⁵⁸, siendo entonces admisible hacerlo responsable del daño moral (lesión a la autodeterminación con resultado de privar de la libre e informada manifestación de voluntad), los gastos derivados de llevar a término un embarazo que podría haberse interrumpido y de aquellos gastos extraordinarios identificados en los cuidados de la breve sobrevivida del nacido, si la hay.

Sin embargo, podría el médico escudarse señalando que es meramente hipotético y no una certeza que de haber sabido la situación real del feto en el momento oportuno habría optado la gestante por la interrupción voluntaria del embarazo. Compartimos plenamente la opinión de De Ángel Yáguez quien dice que, como principio, la afirmación de la madre, plasmada en la demanda no puede ser puesta en tela de juicio, siendo suficiente su declaración que, de haber conocido la enfermedad de su criatura, hubiera optado por la interrupción del embarazo. Estimamos que esta opinión tiene asidero y directa relación con los daños, que según hemos

⁴⁵⁶ (Macía 2009, 195)

⁴⁵⁷ (Ibid., 196)

⁴⁵⁸ (Ibid., 197)

visto, son indemnizables. No se trata de calificar el nacimiento o la vida misma del niño o niña como un daño para la madre/padres y que en razón de aquello haya que permitir la oportunidad de evitarlo, sino que el legislador ha estimado que en los casos enmarcables en alguna de las tres causales de interrupción del embarazo en Chile, se plantean dificultades tan intensas que se ha permitido dejar abierta la posibilidad a la madre la decisión sobre dicho nacimiento, asumiéndolo o rechazándolo.⁴⁵⁹ No es necesario que la madre pruebe su propósito de abortar, pues lo importante es que el incumplimiento contractual por parte del médico la priva de la posibilidad de optar por la interrupción y la deja indefensa frente a lo que puede ser un inmenso y doloroso trauma. Verlo de otro modo conduciría al absurdo de obligar a la prueba de una voluntad interna mediante hipótesis e indicios basados en actitudes anteriores de la gestante, creencias, datos objetivos, etc., que jamás permitirán un grado de certeza total.

Cerramos este punto con una cita

Constituye un daño grave privar de esa posibilidad de opción a la madre, cualquiera sea la actitud previa existencia, ideológica, religiosa, o las circunstancias familiares, sociales y materiales de aquella. Nadie puede afirmar en principio cuál sería la reacción de una determinada persona ante semejante dilema. En verdad no lo podemos saber con certidumbre ni con respecto a nosotros mismos. Cabe hacer meras hipótesis, pero nada seguro. No es posible sustituir la reacción de una persona ante una circunstancia real que afecta intensamente a su vida con hipótesis más o menos razonables. Semejante pretensión se basa en apriorismos carentes de razonabilidad y, por ende, de consistencia. Únicamente quien se encuentra en el trance de tal decisión sabe finalmente cuál va a ser su opción, precisamente en el momento que lo asume, con mayor o menor grado de conciencia.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ (De Ángel Yágüez 2002, 193)

⁴⁶⁰ (Bercovitz cit. en De Ángel Yágüez Op.cit., 193)

b) Wrongful life

Desde el punto de vista de las alegaciones del menor de edad las cosas se oscurecen. En efecto, analizado desde la óptica de los intereses protegidos por las normas y deberes cuyo cumplimiento son exigibles al médico, se tiene que estas son establecidas a favor de la madre y no del hijo.

El criterio de imputabilidad objetiva denominado ‘ámbito o fin de protección de la norma’ sugiere que si una persona transgrede una norma «no debe responder, en virtud de ella, de los daños que efectivamente se derivaban de su actuación pero que no son de aquellos que la norma intentaba prevenir prohibiendo dicha conducta»⁴⁶¹. De este modo no podría responsabilizarse al médico por no haber permitido a la gestante optar por la interrupción del embarazo, pues la legislación en esta materia previene de la dificultosa situación que significa para la madre llevar a término un embarazo de una criatura gravemente enferma y no de los consecuenciales daños causados a esta última. Incluso, aun cuando a propósito de la causal de inviabilidad señalamos que podría considerarse que el médico causa el nacimiento, suponemos que la breve sobrevivida que le espera al niño o niña haría imposible que alegara compensación alguna, quedando a salvo, si se quisiera persistir en el intento, señalar que la acción por daño moral es transmisible a los herederos del menor de edad, en este caso los padres quienes habrían de intentar la acción en su nombre o bien, si consideramos aceptable la idea del contrato con efectos protectivos hacia terceros, afirmar que de acuerdo al fin o ámbito de protección de las normas que han sido razonablemente integradas al contrato de manera expresa o tácita y relacionadas con la distribución de riesgos entre las partes,⁴⁶² hubo también de tenerse en cuenta, por parte del médico, los intereses de la criatura, dando como resultado que habrá de responder, tal como frente a la madre, del incumplimiento, pudiendo así configurarse el daño moral determinado por los sufrimientos que la patología provoca.

No podría pretenderse, tampoco, la reparación por la omisión de información (y no realización o recomendación de exámenes) pues ni aun contándose con el comportamiento diligente del médico se habría permitido evitar las patologías. Por eso, en lo relativo al daño moral causado

⁴⁶¹ (Corral 2008, 135)

⁴⁶² (Ibid., 136)

por tal incumplimiento, como vimos, este deviene en un daño directo causado a la madre, traducido en el shock psicológico y gastos extraordinarios por imprevisión. No vemos manera de fundamentar que una contravención a las normas sobre información pudiere ocasionar también daños al menor que sean reconducibles al actuar del profesional ni desde el punto de vista fáctico ni objetivo, más aún, si consideramos que los daños que alega el menor se identifican, con mayor grado de plausibilidad, con el dolor causado por vivir enfermo, malformado o discapacitado y no el hecho de haber nacido o la vida en sí, deviniendo imposible señalar que es el médico el que causa su dolor al no influir de manera alguna en la concepción (y así en la enfermedad), a diferencia de los casos que pudieren derivarse de la aplicación de una TRHA según diremos.

2.2. Procreación artificial

a) Wrongful birth

Señalamos más arriba que el escenario que se presenta al encontrarse en el marco de la aplicación de una TRHA permite asimilar la problemática sobre el inicio de la vida que podría suscitarse en nuestro país a aquella ocurrida en países como España a propósito del aborto. Esto pues, el planteamiento del daño, en ambos casos, girará mayoritariamente en torno a la privación de la opción de ejercer la libertad procreativa determinada por la ausencia de información veraz y oportuna.

Parece evidente que el incumplimiento de la obligación de informar, en el marco de un diagnóstico preconcepcivo, ya sea determinado por el no ofrecimiento de aquellos cuando se descubran indicios que los hagan aconsejables de acuerdo a la *lex artis*, o que habiéndose hecho no se comuniquen los resultados oportunamente, tiene como efecto directo la privación del ejercicio de una libertad procreativa informada, cuyo fundamento es la autodeterminación, y en consecuencia la causación de un daño moral resarcible. Similar situación si nos encontramos en el campo de los exámenes preimplantatorios como el DGP, donde siendo aún más evidente el interés por una descendencia libre de patologías transmisibles, ha de extremar el médico la minuciosidad de la información a entregar, señalando en cada ciclo si es que se han conseguido

embriones libres de enfermedades detectables a la luz de los avances de la técnica, para que en base a tal evidencia pueda la futura madre decidir libre e informadamente la implantación uterina, lo que en definitiva, es lo mismo que asumir la procreación y sus riesgos o rechazarla.

Si el incumplimiento se configura en torno a un diagnóstico erróneo (i.e. falso negativo), tal como dijimos anteriormente, habrá de configurarse un doble enlace causal que permita en un primer momento asociar el comportamiento del profesional médico con el diagnóstico erróneo y por tanto determinar si el error es reconducible a una infracción a las normas que regulan la profesión -calificable como incumplimiento- o, si nos encontramos frente a un evento de probable ocurrencia que la misma *lex artis* indica como probable, sobre todo, si tenemos que para estos específicos casos ligados a los diagnósticos genéticos, no es posible aún contar con resultados cien por ciento confiables para todas las anomalías existentes y menos aún aquellas que puedan aparecer *de novo*⁴⁶³. Establecido el primer paso, el segundo podrá ser construido en atención a que de haberse contado con información veraz y oportuna no se habría privado, en tales términos, del ejercicio de la libertad procreativa.

En cuanto al shock psicológico, volvemos sobre lo dicho respecto a su relación con la omisión de información oportuna y veraz dada la relación entre el nacimiento y el impacto que el primero puede producir en la psiquis de la madre desconocedora de la grave enfermedad que padece su hijo.

Lo que hasta acá parece sencillo podría complicarse respecto a aquellos daños que aparejan eventos posteriores al nacimiento, como lo serían los gastos extraordinarios de la enfermedad del niño o niña, cuyo monto afectará el patrimonio de la madre/padres. En este sentido señala Macía Morillo, aunque a propósito de diagnósticos preconceptivos y falsos negativos y contándose con una legislación de aborto más permisiva (España)

el enlace causal con los daños posteriores al nacimiento exige afirmar que el hecho de la concepción o el hecho del nacimiento deriva necesariamente de la privación que sufren los progenitores o la gestante. Sin embargo, el problema reside en que, desde un punto de vista físico o fáctico, ni la concepción ni el nacimiento son una causa de que los progenitores no

⁴⁶³ Es de apreciar que respecto a esto también ha de estimarse que pesa sobre el profesional el deber de no crear expectativas excesivas sobre las posibilidades de la técnica, por lo que deberá informar siempre acerca de las perspectivas que ofrece la técnica específica utilizada, sus riesgos y resultados.

contaran con toda la información en el momento de adoptar una decisión respecto de si concebir o respecto de si interrumpir el embarazo en curso⁴⁶⁴

agrega que es complicado aceptar en el supuesto de error en el diagnóstico preconceptico que el desconocimiento de la existencia de riesgos en la futura descendencia haya condicionado necesariamente el ejercicio de la libertad de procreación, pues los factores que concurren en la decisión concepción futura son muchos y de muy diverso tipo⁴⁶⁵.

Similar argumento podría ir en contra de lo que hasta aquí hemos dicho. El desconocimiento sobre los riesgos de transmisibilidad de enfermedades a la futura descendencia, ya por no ofrecimiento de exámenes preconceptivos o bien por no comunicación de los resultados de estos no determina de manera necesaria la concepción e incluso, aunque extremo, tampoco lo hace el desconocimiento sobre los resultados de un examen preimplantatorio. Esto, sin embargo, nos sitúa en la dificultad de probar una voluntad interna cuyo contenido sea certero en indicar que de haberse conocido los riesgos de transmitir una enfermedad grave a la descendencia o de haberse conocido la patología que afectaba a determinado embrión preimplantacional, no se habría concebido o consentido en la implantación, respectivamente.

Exigir tal tipo de prueba nos parece absurdo. Tal como señalamos respecto a la prueba sobre la voluntad de abortar de la gestante/madre, al tratar la causalidad en *wrongful birth* en casos de procreación natural, lo importante no es la decisión que hubiere tomado la gestante, lo que realmente ha de tomarse como preponderante a la hora de decidir, es que el incumplimiento de las obligaciones que competían al profesional médico ha impedido la libre determinación de la conducta, permitiendo que acaezca el daño que supone tal privación, teniéndose que si bien el comportamiento del deudor no ha influido necesariamente (pues pueden haber otros factores) en el ejercicio de la libertad procreativa, su omisión o negligencia puede ser considerada como un factor idóneo para incrementar el riesgo general que han asumido las partes como integrantes del tráfico comercial en que se encuentran insertas,⁴⁶⁶ volviendo razonable hacer responsable al médico «porque es justo que quien ha actuado con negligencia se haga cargo de los riesgos que

⁴⁶⁴ (Macía 2009, 196)

⁴⁶⁵ (Ibid.,196-197)

⁴⁶⁶ (Corral 2008, 136)

son incrementados por su hecho; y es eficiente, desde un punto de vista preventivo, limitar la responsabilidad precisamente a la esfera de riesgo incremental de la acción negligente»⁴⁶⁷

Más aún, establecido el incumplimiento de las obligaciones por parte del médico, ya sean estas calificadas como de medios o de resultado, estimamos que se produce una inversión de la carga probatoria⁴⁶⁸, teniéndose en consecuencia que de querer librarse de responsabilidad ha de ser el profesional demandado quien pruebe su cumplimiento o el acaecimiento de una causa extraña que lo exonere y, por tanto, él quien habría de probar que incluso de haber conocido la gestante/madre la información de manera oportuna y veraz, habría optado de todos modos por la procreación, pues probado el incumplimiento por la actora, el médico habrá de responder de todos los perjuicios directos -consecuencia inmediata del incumplimiento contractual- y previstos, si actuó con culpa, y de los directos previstos e imprevistos si actuó con dolo de acuerdo al artículo 1558 del Código Civil. De esta manera el problema se fijaría en un primer paso no ya en la causalidad, sino en la previsibilidad de los daños.

En este sentido, es de toda lógica considerar que, si una paciente acude a un diagnóstico preconceptivo para posteriormente optar por una TRHA luego de conocidos los riesgos de transmisión de enfermedades y, determinada la técnica idónea para conseguir una descendencia saludable o, anterior a aquello, conocer los tratamientos que hubieren permitido aminorar los riesgos, se torna previsible para un humano razonable que cualquier distorsión informativa imputable que induzca a pensar que no existen riesgos de transmisión de enfermedades determinará el ejercicio de la libertad procreativa en sentido positivo. Así, establecido el incumplimiento y la previsibilidad de los daños asociados a aquel es admisible considerar, volviendo a la causalidad, que el médico sí influye de manera determinante en el nacimiento del menor, al prácticamente eliminar el obstáculo que podría haber significado el ejercicio de la libertad procreativa en sentido negativo y, en consecuencia hacerle responsable de los daños derivados de su incumplimiento dentro de los que además del daño moral, ya analizado, se encuentran los daños patrimoniales identificables con los gastos extraordinarios derivados de la enfermedad del menor.

⁴⁶⁷ (Barros 2010, 403)

⁴⁶⁸ (Vid. Capítulo IV, 3.1 y 3.2)

Esto que requiere larga explicación para los diagnósticos preconceptivos en el marco de una TRHA, es más evidente en el caso de un diagnóstico preimplantatorio (técnica cuyo fin último es descartar embriones con taras) donde es exigible que el médico incremente su diligencia pues, en definitiva, coparticipa en la procreación posibilitando el nacimiento, siendo entonces más claro que los daños alegados derivan de manera inmediata del incumplimiento contractual dado por no informar la presencia de patologías en el embrión preimplantatorio o bien por transferir, por error inexcusable, uno afectado.

Volviendo sobre las palabras de Macía Morillo, pero ahora con un sentido distinto, tenemos, según vimos, que en las hipótesis reseñadas es razonable señalar que desde un punto de vista fáctico y también jurídico tanto la concepción como el nacimiento son consecuencia de que la gestante no contara con toda la información en el momento de decidir si concebir o consentir la implantación del embrión analizado.

b) Wrongful life

Sea cual sea la técnica de procreación asistida que se utilice, es un hecho irrefutable una vez terminados los procedimientos, que la actuación del médico es causante del nacimiento del menor. Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que sin la intervención del médico el nacimiento no se produciría (al menos no en este contexto) por lo que desde este punto de vista no existe problema con la construcción de la relación de causalidad en su vertiente fáctica.

Tomemos como ejemplo la técnica de inseminación artificial, una de las TRHA de baja complejidad más utilizadas en parejas con esterilidad de causa desconocida, parejas donde el varón presenta defectos leves en la calidad seminal o existen disfunciones ovulatorias en la mujer. Esta técnica permite reducir la distancia entre el óvulo y el espermio, facilitando el encuentro entre ambos y en consecuencia aumenta las posibilidades de conseguir el embarazo. En este caso es fácil verificar que entre el procedimiento médico y el resultado de preñez existe una relación de causa a efecto

Siguiendo con ejemplo, pensemos en que el semen utilizado proviene de un donante. Este procedimiento está indicado no sólo en casos en que el factor masculino es grave como en el

caso de la azoospermia (ausencia de espermios en el semen) o mujeres sin pareja masculina, sino también en casos donde existen enfermedades genéticas en varón con herencia dominante y no existe posibilidad de realizar un DGP o en parejas serodiscordantes (una de las personas tiene VIH+ y la otra no), es decir, para casos donde existe una probabilidad altísima de transmitir una enfermedad incurable a la descendencia (en enfermedades autosómicas de patrón dominante el porcentaje es de un 50%). Para evitar la transmisión de enfermedades transmisibles por la utilización de semen donado, se hacen minuciosos estudios previos de aceptación dirigidos a detectar posibles enfermedades genéticas o cromosómicas en los parientes próximos del donante y en él mismo y, a detectar infecciones presentes en el líquido seminal. Por eso resultan de vital importancia la historia médica, la ocupación, hábitos, análisis de sangre, el cariotipo genético e incluso el estudio de mutaciones del gen de la fibrosis quística en el donante.⁴⁶⁹

Es muy improbable que se realice una inseminación con material de donante sin que se hayan cumplido con estos pasos previos pues en el caso de omisión se revelaría una contravención no solo a las normas de la *lex artis* sino también probablemente a normas de carácter imperativo, de acuerdo a las particularidades de cada sistema y, en consecuencia, la responsabilidad frente a cualquier daño sería perseguible, pues resultaría del todo coherente afirmar el acaecimiento de un daño derivado del incumplimiento y, un evidente nexo causal entre aquel y las enfermedades transmitidas.

Si nadie se muestra en contra de estos exámenes previos al donante ¿Se justifica una diferencia en la examinación de óvulos o espermios cuando el material es aportado por los miembros de la pareja, es decir, una fertilización homocigótica? Creemos que argumentos que consideren el deber de seguridad, diligencia, información, el principio de no maleficencia o el *alterum non laedere* sirven para fundamentar la necesidad de examinación previa sin distinción justificable entre fecundaciones homo o heterocigóticas. Por esta misma razón, estimamos, que al médico le compete el deber de analizar la historia médica de los futuros padres, y completarla con los exámenes que estime pertinentes, del mismo modo como señalábamos que le asistía la obligación de realizar exámenes simples en materia de procreación natural en la etapa prenatal y recomendar aquellos complejos si descubría un indicio que los hiciere aconsejables.

⁴⁶⁹ Sociedad Española de Fertilidad 'Recomendaciones sobre la inseminación artificial con semen de donante'. Disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/inseminacionDonante.pdf>

Así es como toman relevancia los exámenes preconceptivos y los preimplantatorios, pues lo dicho aplica no sólo a la inseminación sino a cualquier técnica de procreación artificial, tanto por el nivel de experto con que interviene el médico como por el hecho de que su intervención en el procedimiento lo transforma en causante directo del nacimiento. Los profesionales sanitarios participantes de una TRHA han de extremar su diligencia realizando todos los exámenes calificables de obligatorios y aconsejando todos aquellos que no revistan tal carácter, de ser necesario, pues como señalamos anteriormente, el médico tiene el deber principal de no contribuir a causar daño, y para este caso, un *wrongful life*.

Todo este rodeo nos permite demostrar la existencia de un puente fáctico entre el actuar médico y el nacimiento y también, volver sobre el punto de que existe una serie de deberes y obligaciones cuyo incumplimiento, permite atribuir desde el punto de vista jurídico, responsabilidad por el acaecimiento de sucesos dañosos. Sin embargo, debemos aún considerar un punto del que ya habíamos hablado: la previsibilidad.

Considerando que el estatuto más probable mediante el cual habría de accionarse es el extracontractual tenemos que la previsibilidad no juega su rol en materia de daños si no de culpabilidad. En este estatuto la previsibilidad permite distinguir la culpa del caso fortuito, «es decir, del hecho cuyas consecuencias dañosas son imprevisibles y que es imposible resistir»⁴⁷⁰ siendo, en consecuencia, posible concluir que no hay culpa cuando el hecho no pudo ser razonablemente previsto y que la hay cuando «el agente infringe el deber exigible, menospreciando la atención y cuidado que debe en su obrar, a los bienes o intereses ajenos, pudiendo y debiendo prever el daño que en ellos causaría si ejecuta el hecho voluntario»⁴⁷¹

Ahora, la cuestión radica, en primer lugar, en resolver si el médico ha infringido deberes exigibles con resultados dañosos que debió prever en el menor que reclama por la penosa situación en que le ha tocado nacer. A lo largo de este trabajo hemos señalado que al médico le competen deberes tales como el de seguridad, diligencia e información y que estos por regla general hallan su fundamento tanto en la ley como en el contrato. Sin embargo, también señalamos que aún antes de la consagración legal de tales deberes y obligaciones, estos se

⁴⁷⁰ (Barros 2010, 90)

⁴⁷¹ (Ibid.)

consideraban parte integrante de la *lex artis* médica y en consecuencia igualmente exigibles tanto por la vía contractual como extracontractual. Dicho esto, el profesional

en conocimiento de los deberes que le son exigibles, ha de prever que su comportamiento, de no adecuarse a la *lex artis*, permite que ciertos daños se provoquen en la órbita de intereses, no sólo de los padres, sino de la persona que resultará del procedimiento de procreación artificial. Así, por ejemplo, actuará con culpa el médico, conocedor de que el patrón hereditario de los progenitores hace altamente probable de que se concrete el riesgo de que la descendencia nazca gravemente enferma; no recomienda los exámenes o tratamientos pertinentes; que por descuido implanta el embrión equivocado o, que conociendo los resultados de exámenes preconceptivos o preimplantatorios realiza de igual manera la procreación pese a la existencia de enfermedad.

Visto esto, y volviendo a la causalidad ¿es razonable hacer responsable al médico de los daños que reclama el menor de edad que intenta una acción de *wrongful life*, a saber, el menoscabo moral por las malformaciones, defectos o enfermedades a los que se ve sometido, en otras palabras, el hecho de vivir, en las especiales condiciones en que se encuentra? Desde esta vereda creemos que sí. Nos parece que la infracción de los deberes que atañen al profesional han de ser tenidos como causa adecuada de los daños que se reclaman y a mayor abundamiento señalarse que su actitud negligente aumenta el riesgo de que tales acaezcan, siendo entonces posible establecer, ahora ya en su totalidad la relación causal, tanto en su vertiente fáctica como jurídica.

CONCLUSIONES

1. A lo largo de este trabajo hemos abordado lo que entendemos como un área de contornos difusos y confusos, esto es las TRHA y la responsabilidad civil derivada de aquellas. Lo anterior se erige como un arduo desafío tanto para la legislatura, la judicatura y la dogmática nacional, dada la insuficiencia de tratamiento -sobre todo a nivel legislativo- que hemos evidenciado a través del análisis del escaso material nacional atingente.

En efecto partiendo de la base de la observación de realidades foráneas tales como, la de Estados Unidos, España, Francia, Alemania, Italia junto a Argentina y Uruguay en nuestro continente, estimamos que nuestra legislación se encuentra desfasada, no sólo respecto a ellas, sino más importante aún, de la causa de la producción legislativa extranjera, esto es, el avance de las ciencias biomédicas en materia de reproducción asistida.

Si bien es cierto que la velocidad de los cambios en el Derecho nunca ha estado a la par de los avances científicos, resulta preocupante que a casi 42 años del nacimiento del primer ser humano por medio de técnica FIV y el masivo aumento de nacimientos mediante métodos de fertilización asistida en nuestro país desde 1990, aún no contemos con una regulación integral relativa a las TRHA, quedando su práctica escasamente regulada mediante Resoluciones Exentas con poder vinculante únicamente en el sector público y en un estado de autorregulación y enorme confusión por mal entendimiento de cierta normativa (v.gr. Ley N° 21.2120) en el sector privado. Esta realidad hace menester recurrir a principios insertos en nuestra Constitución, Códigos y algunas leyes dispersas para orientar el actuar de los profesionales de la salud en aquellas áreas de enormes vacíos y cuyo contenido suele desatar apasionadas discusiones.

Esta situación de desregulación y abulia legislativa impacta fuertemente en el objeto de estudio de este trabajo, pues la ausencia de pautas que ordenen el actuar de los profesionales de la salud involucrados en TRHA, nos llevó a recurrir a la proposición de nuevos entendimientos de categorías clásicas del Derecho, con miras a construir de manera plausible las pautas que han de servir de guía a tales profesionales y sobre todo la manera en cómo puede ser perseguida la responsabilidad de estos cuando han existido negligencias con resultados dañosos.

Como hemos visto, puede ser construido un marco regulatorio recurriendo a las normas que conforman el área de la responsabilidad civil médica con especial énfasis en la manera en que se construye el contrato que regula la relación médico-paciente, que señale un piso al menos mínimo de variadas obligaciones dirigidas a los diversos profesionales sanitarios, cualquiera sea el área de ejercicio. En efecto, a través del entendimiento de las relaciones de médicos y pacientes como de índole contractual podemos comprender de mejor manera cómo y a qué se obligan los primeros con el objeto de dilucidar en cuáles casos el daño en la procreación, esto es, enfermedades psíquicas y físicas transmitidas a la descendencia, torna viable la pretensión indemnizatoria ya de los padres -mediante acciones de WB- ya de los hijos -mediante acciones de WL.

Para lo anterior, estimamos de suma relevancia una nueva comprensión del negocio jurídico, más allá de su función como instrumento de producción de efectos jurídicos, que lo erija como un mecanismo de satisfacción integral de los intereses del acreedor, y cuya mayor utilidad para este trabajo radica en permitir construir un concepto amplio de incumplimiento contractual que se identifique con cualquier desviación de la conducta del deudor en contraste con el plan ideal que las partes tuvieron en mente al momento de contratar en la medida que sus intereses hayan sido legítimamente ingresados al contrato. De esto modo aparece en escena la idea del propósito práctico del contrato que no es otra cosa que el resultado mismo de lo que las partes buscan al momento de ligarse contractualmente y cuya satisfacción puede lograrse únicamente mediante cumplimiento íntegro de las prestaciones.

Según vimos la construcción del propósito práctico del contrato y la construcción de la regla contractual final, esto es, a lo que en definitiva se obligan las partes, obliga a un proceso interpretativo complejo que presupone la aplicación obligatoria de normas imperativas, la interpretación de la declaración de voluntad de las partes mediante las pautas hermenéuticas establecidas en el CC a partir del artículo 1560, sumado a la integración reguladora de las fuentes dispositivas.

A través de este proceso de construcción de la regla contractual hemos tomado las normas expuestas a propósito de la responsabilidad médica en general, sobre todo aquellas que dicen relación con mandatos imperativos y *lex artis*, para construir ciertos deberes específicos de los especialistas participantes en TRHA, dotando de contenido y dirección a la práctica tomando

como orientación tanto la escasa legislación nacional en aquello que fue pertinente, como también, la experiencia internacional. De aquí se erigen como elementos fundamentales en lo sucesivo el derecho a la información cuyo contenido ha de traducirse en un constante flujo de información desde el médico hacia el paciente, en cualquier etapa en que se este se desempeñe, ya sea preconcepcional, preimplantacional o prenatal; el deber seguridad que atiende a la evitación de los riesgos previsibles y la *lex artis* como conjunto de actuaciones que el médico debe cumplir.

2. Conocidos ciertos deberes mínimos nos fue posible analizar cómo la legislación nacional en materia de aborto podría limitar la procedencia de las acciones mediante las cuales se ha perseguido la responsabilidad asociada al inicio de la vida y dos de los elementos de la responsabilidad civil que mayor problemática suponen, a saber, el daño y la causalidad.

Según los requisitos analizados en el capítulo 3 de este trabajo, sobre Derecho Comparado, la ley vigente en materia de aborto podría ser entendida como una limitante a la posibilidad de accionar por WB y WL, sin embargo, estimamos que el requisito de una ley de aborto más permisiva, a la manera de Estados Unidos o España, no es fundamental para la plausibilidad de tales acciones. En efecto, creemos firmemente que la esencia de este tipo de acciones radica en el hecho de que por efecto de ciertas acciones u omisiones médicas no se ha podido evitar el nacimiento de un menor gravemente enfermo y no en la existencia de regulación en ámbitos específicos.

De este modo, aun contándose con un sistema que permite la interrupción del embarazo únicamente en presencia de indicaciones o causales, creemos, no es dable predicar que no podrían fundarse acciones indemnizatorias basadas en lesiones ligadas al nacimiento o a la crianza de un hijo gravemente enfermo. Aquello, de partida, significaría caer en el error de asentar que el único presupuesto para iniciar acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* sería aquel donde la ausencia o distorsión informativa y negligencias médicas en general ocurren durante el embarazo y olvidar que siempre queda a salvo la posibilidad de iniciar una demanda por las variantes preconceptivas y preimplantacionales donde la legislación en materia de aborto es evidentemente innecesaria. Establecido esto, parece asentarse aún más la idea de que uno de los requisitos de las acciones en comento, no es la posibilidad de acceder a la interrupción

voluntaria del embarazo sino la existencia cierta de la posibilidad de decidir, libre e informadamente, asumir o evitar el nacimiento un menor gravemente enfermo

En lo relativo a los problemas que supone identificar a priori la partida de daños con el hecho mismo de la vida establecimos que aquellos pueden eludirse al identificar el daño con la idea de lesión a intereses legítimos y significativos pues esta comprensión permite fundamentar las acciones en trato en afectaciones a intereses que producen las hipótesis revisadas de errores diagnósticos, deficiencias de información o tratamiento. Tales lesiones, entre otras posibilidades, pueden identificarse con la privación del derecho a la información oportuna y certera, cuyos efectos pueden ser evidenciados como un shock psicológico causado por el descubrimiento de una situación inesperada y desconocida hasta el parto, lo que configura la partida de daño moral y, a nivel patrimonial determinado por los gastos extraordinarios de la crianza de un menor gravemente afectado por una patología incurable. Visto de otra manera, la alegación viene determinada, para el caso de WB, nada más que por los efectos que el incumplimiento del contrato en que la gestante o ella y su pareja son parte, tiene en su órbita personal lo que permite independizar las acciones del estado enfermo del hijo y de su vida misma y en el caso de WL en el menoscabo principalmente moral que suponen tanto la negligencia dada por el error en la elección de gametos libres de patologías, la implantación de un embrión no sano y la ausencia de un procedimiento informativo oportuno que hubiese permitido impedir el nacimiento en condiciones de enfermedad- y, aunque más complejo de fundamentar, la omisión de la información obligatoria.

3. De este modo, en atención a todo el análisis presentado, es posible señalar que son viables y plausibles en nuestro país las acciones de WB en el contexto de procreación natural únicamente cuando a consecuencia del accionar médico no se ha permitido optar por el aborto basado en la causal de inviabilidad fetal.

Por otro lado, las acciones de WB serán siempre plausibles en los casos que consignamos relacionados a TRHA, es decir, variantes preconceptivas y preimplantacionales.

En cuanto a las acciones de WL estas serían plausibles únicamente cuando el daño se produce a propósito de exámenes y diagnósticos preconceptivos y preimplantacionales, debiendo descartarse su procedencia en el contexto de la procreación natural por fallar los elementos de daño y causalidad.

Finalmente, no hemos dejado fuera de análisis aquellas hipótesis que no califican desde un punto de vista teórico con los requisitos de las acciones tratadas. Así, estimamos que en el contexto de procreación natural no puede establecerse la irresponsabilidad del médico que ha errado el diagnóstico o que ha omitido la entrega de información veraz y oportuna estando obligado a hacerlo. De este modo, más allá del estrecho margen que permiten las acciones de WB y WL la falla en el tratamiento adecuado, hace viables acciones de responsabilidad civil médica cuyo fundamento se encuentra en el incumplimiento o desvío de deberes de conducta que genera daños directos y que, pese a su concomitancia, pueden ser desligados del hecho del nacimiento o la vida.

BIBLIOGRAFÍA

ACEPRENSA. «Los radiólogos franceses convocan una huelga de ecografías fetales.» 19 de Diciembre de 2001.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. «El contrato dirigido.» *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. XXXVIII (1941): 5-14.

ALFREDO KOHN, DELIA OUTOMURO, JAIME BORTZ, Y NORMA SÁNCHEZ. «Terapia génica: ¿tratamiento médico, eugenesia o higiene de la herencia?» *Acta Bioethica* 10, n° 2 (2004): 143-153.

BANFI DEL RÍO, CRISTIÁN. «Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidos en Chile.» *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 19 (2012): 165-192.

BARAONA GONZÁLEZ, JORGE. «Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva.» *Revista Chilena de Derecho*, 1997: 151-177.

BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO. «Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris.» *Revista Chilena de Derecho* 35, n° 1 (2008): 85-106.

BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO. «Análisis preliminar de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre daños morales en causas por incumplimientos contractuales civiles de los años 2002 a 2007.» *Revista Chilena de Derecho* 37, n° 1 (2010): 163-170.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica, 2010.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. «Contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: La virtualidad analógica de las reglas sobre el.» En *Materiales II "Compraventa"*, de Francisco Gonzalez Hoch y Andrés Rioseco, 64-72. Santiago, 2012.

BECA, JUAN PABLO, ALBERTO LECAROS, PATRICIO GONZÁLEZ, PABLO SANHUEZA, Y BORISLAVA MADAKOVIC. «Aspectos médicos, éticos y legales de la criopreservación de embriones humanos.» *Revista Médica de Chile*, n° 142 (2014): 903-908.

BRANTT, MARÍA GRACIELA. «La inoponibilidad como mecanismo de protección de los terceros en la regulación patrimonial del matrimonio en el derecho chileno.» *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 24 (2015): 59-117.

BRANTT, MARIA GRACIELA, Y CLAUDIA MEJÍAS. «El derecho supletorio del contrato de servicios en el código civil chileno: Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento.» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° n. 46 (Julio 2016): 71-103.

CANO, FERNANDO, Y ROSA ESPARZA. «El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida.» *Boletín mexicano de Derecho Comparado* 51, n° 151 (2018): 13-50.

CÁRDENAS, HUGO. «La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios / obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica).» En *Responsabilidad médica, Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho Privado VI*, de Iñigo De la Maza (compilador), 45-84. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

CÁRDENAS, HUGO, Y JOSÉ SÁNCHEZ. «Acciones de wrongful conception en Chile: una propuesta de fundamentación.» *Acta Bioethica* 24, n° 2 (2018): 237-244.

CASSALS, MIQUEL, Y SOLÉ, JOSEP. «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos» En *InDret* n°3 (Julio 2001)

CORN, EMANUELE. «La reproducción asistida en Italia: presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga.» *Revista de Bioética y Derecho* 35 (2015): 18-31.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. «La existencia legal de toda persona principal al nacer. Una nueva lectura para una vieja norma.» *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), n° 56 (2010): 311-326.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. «Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual.» En *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*, de Tatiana Vargas Pinto (ed.), 115-178. Santiago de Chile: Universidad de los Andes (Cuadernos de extensión jurídica 15), 2008.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. «Derecho y academia: el blog de Hernán Corral.» *Aborto y esterilización fallidos: ¿el hijo como daño?* 27 de 05 de 2012. <https://corraltalciani.wordpress.com/2012/05/27/aborto-y-esterilizacion-fallidos-el-hijo-como-dano/> (último acceso: 23 de 10 de 2019).

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. «El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida.» *Revista Ius et Praxis* 11, n° 1 (2005): 37-53.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. «Ley de aborto y responsabilidad civil: ¿Casos de wrongful birth y wrongful life en Chile?» *El mercurio Legal* <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906117&Path=/0D/D3/>, 2017.

COSTERBOSA, MARÍA LALATTA. «Bioética y autonomía a partir del caso Perruche. Formas de discriminación entre procreación y diagnóstico prenatal.» *Derechos y Libertades* Época II, n° 25 (junio 2011): 87-113.

DE ANGEL YAGUEZ, RICARDO. «La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de "wrongful birth". Mi intento de conciliar su doctrina con las dos anteriores.» *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 17 (2002): 179- 202.

DE LA MAZA, IÑIGO (compilador) et.al. *Cuadernos de análisis jurídico - Colección de Derecho Privado VI - Responsabilidad Médica*. Santiago: Ediciones Diego Portales, 2010 B.

DE LA MAZA, IÑIGO. «Consentimiento informado, una visión panorámica.» *Ius et Praxis* año 16, n° 2 (2010 A): 89-120.

DE LA MAZA, IÑIGO; ÁLVARO VIDAL. «Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema.» *Revista Ius et Praxis* Año 20, n° 1 (2014): 15-38.

DE LA MAZA, IÑIGO. «Consentimiento informado, un poco de realismo.» *Revista de derecho (Valdivia)* XXX, n° 2 (2017): 111-131.

DOMÍNGUEZ, CARMEN. «El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica.» En *Responsabilidad médica, Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho Privado VI*, de Iñigo De la Maza (compilador), 21-44. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

DR. ROCCO, CRISTIÁN, Y DR. GARRIDO, ALEJANDRO. «Seguridad del paciente y cultura de seguridad.» *Revista Médica Clínica Las Condes* 28, n° 5 (2017): 785-795.

EMALDI, AITZIBER. «El consejo genético y la responsabilidad de los médicos que asesoran.» *Revista Chilena de Derecho* 28, n° 4 (2001): 727-745.

FUGARDO, JOSEP. *Procreación humana y acciones de responsabilidad: Derecho español y comparado*. jmboscheditor, 2018.

FEDERICO DE LORENZO, MIGUEL. «El principio de no dañar al "otro".» En *Presente y futuro de la responsabilidad civil. Actas del Congreso internacional de 3 y 4 de noviembre de 2016, Santiago de Chile.*, de Rodrigo Barría Díaz (ed.), 147-158. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2017.

FEMENÍA LÓPEZ, PEDRO. «Preambrión.» En *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, de Carlos Romeo Casabona (director). s.f.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. «Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto.» *Revista de Derecho* XX, n° 2 (Diciembre 2007): 95-130.

GARAY, OSCAR «Especialidades médicas: ¿Obligaciones de medios o de resultados? Revisión de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales», en *Revista de la Asociación Médica Argentina*, 119 n°3 (2006):15-31.

GONZALES, CLARA ASUA. «Infracciones de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario.» *Revista CESCO de derecho de consumo*, n° 8 (2013): 147-161.

ISETA, HUALDE Y NADAL. «Enfermedades quísticas renales.» *Asociación Española de Pediatría*. s.f. https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/19_2.pdf (último acceso: 14 de 11 de 2019).

JAUSORO, AINHOA. *Reproducción Humana Asistida: Descripción de las opciones terapéuticas disponibles.* Vitoria-Gasteiz: Departamento de Sanidad, Gobierno Vasco, 2000.

JUAN VIAL , Y ÁNGEL RODRIGUEZ. «La dignidad de la persona humana. Desde la concepción hasta su muerte.» *Acta Bioethica* 15, nº 1 (2009): 55-64.

LLAMAS POMBO, EUGENIO. «Responsabilidad civil por manipulación genética.» *Revista del Notariado: Temas de Derecho Privado IX*, nº 854 (1998): 187-195.

LLEDÓ, BELÉN. *Instituto Bernabeu S.L [ES].* 1 de diciembre de 2014. <https://www.institutobernabeu.com/foro/diagnostico-genetico-preimplantacional-dgp-para-pacientes-portadores-de-alteraciones-cromosomicas-estructurales/> (último acceso: 12 de septiembre de 2019).

LLEDÓ, BELÉN. *Instituto Bernabeu S.L [ES].* 6 de Marzo de 2017. <https://www.institutobernabeu.com/foro/ventajas-e-inconvenientes-del-diagnostico-genetico-preimplantacional-dgp/> (último acceso: 11 de septiembre de 2019).

MACÍA MORILLO, ANDREA. *Responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life).* Madrid: Tesis doctoral, 2003.

MACÍA MORILLO, ANDREA. «Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life.» *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 12 (Julio 2009): 167-206.

MALAMUD HERRERA, SAMUEL. «Diagnóstico genético preimplantatorio y eugenesia. Análisis ético-jurídico.» *Revista Colombiana de Bioética* 8, nº 1 (Enero-Junio 2013): 123-143.

MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS. ««Lex artis ad hoc» y la responsabilidad médico profesional.» Editado por Real Academia de Doctores. *Anales de la Real Academia de Doctores* 2, nº 1 (1988): 155-166.

MATA, JOSÉ MARÍA. «Problemas prácticos en torno a la capacidad sucesoria del concepturus.» *Revista de derecho privado*, nº 87 (septiembre 2003): 565-629.

MEJÍAS ALONZO, CLAUDIA. *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil.* Santiago: Legal Publishing, 2014.

MÍGUEZ NÚÑEZ, RODRIGO. «Jurisprudencia extranjera comentada. Responsabilidad civil médica.» *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, Diciembre 2011: 227-238.

MOLERO MARTIN-SALAS, MARÍA DEL PILAR. «La reproducción asistida en Italia: una regulación (inacabada) a golpe de sentencia.» *Revista española de Derecho Constitucional* 112 (2018): 315-344.

- MONDACA MIRANDA, ALEXIS; AEDO BARRENA, CRISTIÁN Y COLEMAN VEGA, LUIS** «Panorama comparado del wrongful birth, wrongful life y wrongful conception: su posible aplicación en el Derecho Chileno.» *Revista Ius et Praxis* Año 21, n° 1 (2015): 19-56.
- MORALES, HÉCTOR.** «Concepto de persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas.» *Revista Ius et Praxis*, Año 24, n° 1 (2018): 361-396.
- MOSCATI, ENRICO.** «Los remedios contractuales a favor de terceros.» *Revista Ius et Veritas*, n° 34 (2007): 51-73.
- MOYA GONZÁLEZ, MARINA, Y FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ.** «El diagnóstico genético preimplantacional: Aspectos jurídicos en el derecho español.» *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n° 34 (2018): 87-121.
- MUNITA, RENZO.** «Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable merito indemnizatorio (una lectura panorámica de las wrongful actions).» *Actualidad jurídica - La revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, 2017.
- ORTÍZ, JOSÉ ANTONIO.** *Instituto Bernabeu, S.L. (ES)*. 18 de abril de 2011. <https://www.institutobernabeu.com/foro/cariotipo-genetico/> (último acceso: 10 de septiembre de 2019).
- ORTÍZ, JOSÉ ANTONIO.** *Instituto Bernabeu, S.L. [ES]*. 3 de agosto de 2015. <https://www.institutobernabeu.com/foro/dgp-sgp-y-ccs-son-lo-mismo/> (último acceso: 12 de septiembre de 2019).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL.** «La responsabilidad contractual objetiva.» En *Estudios de Derecho Civil IV - Jornadas de Derecho Civil Olmué 2008*, de Carlos Pizarro Wilson (coordinador), 331-346. Santiago: Legal Publishing Chile, 2009.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL.** *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- PIZARRO WILSON, CARLOS.** *La responsabilidad civil médica*. 1a. edición. Santiago: Legal Publishing Chile, 2017.
- RIAÑO GALÁN, I, Y MA P. NÚÑEZ CUBERO.** «Técnicas de reproducción asistida. Dilemas éticos.» *BOLETÍN DE LA SOCIEDAD DE PEDIATRÍA DE ASTURIAS, CANTABRIA, CASTILLA Y LEÓN*, n° 44 (2004): 185-192.
- RIGHTS, CENTER FOR REPRODUCTIVE.** *Legal Grounds: Reproductive and Sexual Rights in African Commonwealth Courts, Volume II*. Toronto: University of Toronto, 2010.
- RODRÍGUEZ, MAURICIO TAPIA.** «Responsabilidad médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales.» *Revista de derecho (Valdivia)* 15, n° 2 (Diciembre 2003): 75-111.

ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA. «Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica).» *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, n° 722 (2010): 2559-2608.

RUIZ CASTELLANOS M., SANGRO B. «Terapia génica: ¿Qué es y para qué sirve?» En *Anales Sis San Navarra (Pamplona)* 15, n°1 (2005): 17-27.

SCHOPF, ADRIÁN. «Responsabilidad por inducir al incumplimiento contractual ajeno» En *Estudios de Derecho Civil IX*, de Susan Turner (coord.), 670-689, Santiago: Legal Publishing Chile, 2013.

SIERRA IRIBARREN, LUCAS. «El nasciturus como persona: lectura incompleta, doctrina distorsionada.» *Puntos de Referencia*, n° 462 (Julio 2017).

SIMONS, MARLISE. «French Uproar Over Right to Death for Unborn.» *The New York Times*, 19 de Octubre de 2001: Section A, p.3.

SINGER, PETER. «De compras por el supermercado genético.» *Isegoría*, n° 27 (2002): 19-40.

TAPIA, MAURICIO. «Responsabilidad civil médica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales.» *Revista de Derecho (Valdivia)* v.15 (2003): 75-111.

TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, VÍCTOR. «Responsabilidad por nacimiento evitable (wrongful birth) y discapacidad.» *Revista de Administración Pública*, n° 203 (2017): 89-136.

VALDIVIA, JOSÉ MIGUEL. «La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos.» *Revista Médica Chile*, 2018: 1028-1032.

VENDRELL, XAVIER. «La genética reproductiva.» *PENSAMIENTO*, n° 276 (2017): 527-540.

VICANDI MARTÍNEZ, ARANTZAZU. «El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente.» *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n° 3 (Septiembre-Diciembre 2013): 40-59.

VIDAL MARTÍNEZ, JAIME. «Reproducción asistida (jurídico).» En *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, de Carlos Romeo Casabona (director). s.f.

VIDAL OLIVARES, ALVARO. «Responsabilidad civil del profesional médico.» *Ponencia, Seminario sobre Responsabilidad Médica Auditoria General de la Armada de Chile y el Consejo de Defensa del Estado*. Viña del mar, Octubre de 2002.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. «Cumplimiento e incumplimiento en el Código Civil. Una perspectiva más realista.» *Revista Chilena de Derecho* 34, n° 1 (2007a): 41-49.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. «El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre

incumplimiento.» En *El código civil de Chile (1855-2005)*, de Alejandro Guzmán Brito (ed.). Santiago: LexisNexis, 2007b.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. «La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos.» *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI* (2000): 209-227.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. «La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil.» *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXXII* (2009): 221-258.

VILLALOBOS, MARÍA JOSE. «Ley alemana de protección del embrión de 13 de diciembre de 1990.» *Revista Chilena de Derecho 21*, n° 1 (1994): 417-422.

VILLAQUIRAN, ANA MARÍA, MIGUEL DOLZ, Y ZAIRA SALVADOR. *Reproducción asistida ORG*. 7 de septiembre de 2018. <https://www.reproduccionasistida.org/las-tecnicas-de-reproduccion-asistida/> (último acceso: 4 de septiembre de 2019).

VILLELA, FABIOLA, Y JORGE LINARES. «Eugenesia. Un análisis histórico y una posible propuesta.» *Acta Bioethica 17*, n° 2 (2011): 189-197.

VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA. «La situación de la legislación relativa al genoma humano en Chile.» En *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe*, de Alya, Valadés, Diego, coord. Saada, 147-181. México: Universidad Autónoma de México y Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, 2006.

WEINTRAUB, KAREN. «20 años después de que la oveja Dolly señalara el camino: ¿en dónde se encuentra la clonación ahora?» Editado por Inc. SCIENTIFIC AMERICAN a Division of Springer Nature America. *Scientific American*, julio 2016.

ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. «Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno.» *Revista Chilena de Derecho 15* (1988): 375-388.

ZEGERS, FERNANDO. «Consideraciones Médicas e Implicancias Ético Legales de la Reproducción Asistida en Chile.» *Centro de estudios interdisciplinarios de Estudios en Bioética, Universidad de Chile*, s.f.

ZEGERS, FERNANDO, JAVIER CROSBY, Y SOFÍA SALAS. «Fundamentos biomédicos y éticos de la criopreservación de embriones.» *Revista Médica de Chile 142* (2014): 896-902.

ZURRIARÁIN, ROBERTO G. «Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado.» *Cuadernos de Bioética XXII*, n° 75 (2011): 201-214.

NORMATIVA CITADA

NORMATIVA NACIONAL		
Constitución política de la república		1980
Código Civil		1855
Código Sanitario		1967
Ley N°20.120	Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana	2006
Ley N°20.584	Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.	2012
Ley N° 19.585	Modifica el código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.	1998
Ley N° 21.030	Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales	2017
Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°1072	Normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria	1985
Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°241	Aprueba la guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad	2015
Resolución Exenta del Ministerio de Salud N°902	Modifica normas técnico administrativas para aplicación del arancel del régimen de prestaciones de salud en la modalidad libre elección	2019

Resolución Exenta del Ministerio de Salud N° 1031	Aprueba Protocolos y Normas sobre Seguridad del Paciente y Calidad de la Atención en Salud.	2012
Decreto del Ministerio de Salud N° 114	Aprueba el reglamento de la ley 20.120	2013
Decreto del Ministerio de Salud N° 240	Reglamento del libro noveno del código sanitario.	1983
Código de ética	Colegio médico de Chile	2008
Historia de la ley N°20.120	Número de boletín: 1993-11	2006
PROYECTOS DE LEY		
De Sebastián Piñera Echeñique	Proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas. ⁴⁷²	1993
De Mariano Ruiz-Esquide	Proyecto de ley de reproducción humana asistida	2006
De Guido Girardi	Proyecto de ley sobre reproducción asistida ⁴⁷³	2006
NORMATIVA EXTRANJERA		
Ley N° 14/2006 (España)	Sobre técnicas de reproducción humana asistida	2006
Ley N° 40/2004 (Italia)	Que regula las técnicas de reproducción asistida	2004

⁴⁷² N° Expediente 1026-07

⁴⁷³ boletín N° 4573-11

Ley N° 2004-800 (Francia)	Relative à la bioéthique	2004
Ley N°2002-303 (Francia)	Relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé	2002
Code de la santé publique		
Ley N°745/90 (Alemania)	Embryonenschutzgesetz (Sobre protección del embrión)	1990
Ley N° 17/5451 (Alemania)	Ley de regulación del diagnóstico previo a la implantación	2011
Ley N° 26.862 (Argentina)	Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida	2013
Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)		2014
Ley N° 19.167 (Uruguay)	Técnicas de reproducción humana asistida	2013
DERECHO INTERNACIONAL		
Convención Americana de Derechos Humanos		1969

JURISPRUDENCIA CITADA

CHILE		
De la Corte de Apelaciones de Concepción	“Gutierrez con Servicio de Salud Concepción” Rol N° 1473-2012	2013
De la Corte de Apelaciones de Antofagasta	“Currihual con Castillo” Rol N° 373-2011	2012
Corte Suprema	“Wagemann Morales con Vidal García-Huidobro” Rol N° 5849-2009	2011
Corte Suprema	“Treizman Sacks y otros con Clínica Las Condes S.A. y otro” Rol N° 5883-2012	2013
Corte Suprema	“Gajardo Orellana, Katherina con Stevens Mora, Patricio y Servicio de Salud de Talcahuano” Rol N° 21373-2015	2016
Corte Suprema	“Waidele con Amari Pineda y Otros” Rol N° 31061-2014	2016
Corte Suprema	“Gajardo Orellana y otros con Servicio de Salud Talcahuano” Rol N° 21373-2015	2016
Corte Suprema		2009

	“Vega Lizana con Castillo Cadiz” Rol N°6779-2007	
Corte Suprema	Rol N°6424-2010	
Tribunal Constitucional	Rol N°3729-17	2017
Tribunal Constitucional	Rol N°24, sobre el “Sentido y alcance del párrafo final del N°3° del artículo 19”	1985
ESTADOS UNIDOS		
Corte de Apelaciones de Illinois	“Zepeda v. Zepeda” 41 Ill. App. 2d 240 (Ill. App. Ct. 1963)	1963
Tribunal Supremo de New Jersey	“Gleitman v Cosgrove” 49 N.J. 22	1967
Tribunal Supremo de Texas	Jacobs v. Theimer Annotate this Case 519 S.W.2d 846 (1975)	1975
Tribunal Supremo de Wisconsin	Dumer v. St. Michael's Hospital, 69 Wis. 2d 766	1975
Corte de Apelaciones de Nueva York	“Becker v. Schwartz” 46 N.Y.2d 401.	1978
Tribunal Supremo de New York	“Park v. Chessin” 88 Misc. 2d 222	1976
Corte de Apelaciones de California	“Curlender v. Bio-Science Laboratories” 106 Cal. App.3d 811.	1980

Tribunal Supremo de California	“Turpin v. Sortini”, 31 Cal.3d 220	1982
ESPAÑA		
Tribunal Supremo	STS 3999/1997	1997
Tribunal Supremo	STS 679/1999.	1999
Tribunal Supremo	STS 4137/2002	2002
FRANCIA		
Tribunal de Casación	“Perruche v. Laboratoire de biologie médicale de Yerres” N° de pourvoi: 99- 13701	2000
TRIBUNALES INTERNACIONALES		
Corte Europea de Derechos Humanos	“Costa y Pavan v. Italia” N° 54270/10	2012
Corte Interamericana de Derechos Humanos	“Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” Serie C No. 257	2012
Corte Interamericana de Derechos Humanos	“Baby Boy vs. Estados Unidos de América” Resolución no. 23/81 Caso N° 2141	1981

PAGINAS WEB

<p>ACOG, American College of Obstetricians and Gynecologists. «ACOG FAQ179.» diciembre de 2018. https://www.acog.org/~media/For%20Patients/faq179.pdf (último acceso: 2019 de septiembre de 11).</p>
<p>ASMR, American Society for Reproductive Medicine. «ASRM.» <i>Oversight of assisted reproductive technology</i>. 2010. https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/about-us/pdfs/oversiteofart.pdf (último acceso: 30 de septiembre de 2019).</p>
<p>BIOETICAWEB. «Evolución de la doctrina jurídica en el caso "Perruche"» <i>bioeticaweb</i>. 24 de febrero de 2004. https://www.bioeticaweb.com/evoluciasn-de-la-doctrina-jurasdica-en-el-caso-qperrucheq/ (último acceso: 28 de 1 de 2020).</p>
<p>BUPA. <i>Muy saludable</i>. 10 de mayo de 2017. https://www.muysaludable.cl/muysaludable/familia/embarazo-y-puerperio/9-examenes-que-toda-embarazada-se-debe-realizar (último acceso: 5 de diciembre de 2019).</p>
<p>CEFER, Instituto de reproducción. <i>Instituto Cefer</i>. s.f. https://www.institutocefer.com/blog/cariotipo-precio-para-que-sirve/ (último acceso: 10 de septiembre de 2019).</p>
<p>DEXEUS, Departamento de Obstetricia, Ginecología y Medicina de la Reproducción. «Reproducción asistida: Diagnóstico genético preimplantacional (DGP).» <i>Dexeus</i>. s.f. https://www.dexeus.com/reproduccion-asistida/diagnostico-genetico-preimplantacional (último acceso: 12 de septiembre de 2019).</p>
<p>HEALTH, Stanford Children's. <i>stanfordchildrens.org</i>. s.f. https://www.stanfordchildrens.org/es/topic/default?id=amniocentesis-92-P09276 (último acceso: 13 de 11 de 2019).</p>
<p>HEALTHWISE. <i>Cigna</i>. 6 de marzo de 2017. https://www.cigna.com/individuals-families/health-wellness/hw-en-espanol/temas-de-salud/transferencia-intratubarica-de-gametos-y-de-hw202763 (último acceso: 4 de agosto de 2019).</p>
<p>IVI, Instituto Valenciano de Infertilidad. «Tratamientos de reproducción asistida: TCG.» <i>IVI</i>. s.f. [a]. https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/tcg-547/ (último acceso: 11 de septiembre de 2019).</p>

IVI, Instituto Valenciano de Infertilidad. «Tratamientos de reproducción asistida: PGT.» *IVI*. s.f. [b]. <https://ivinet.cl/tratamientos-reproduccion-asistida/pgt/> (último acceso: 24 de enero de 2019).

MARQUES, INSTITUT. «Reproducción asistida>Tratamientos: Diagnóstico genético preimplantacional.» *IM*. s.f. <https://institutomarques.com/reproduccion-asistida/tratamientos/diagnostico-genetico-preimplantacional/para-pacientes-esteriles/> (último acceso: 12 de septiembre de 2019).

MILLER SCHOOL OF MEDICINE, University of Miami. *U HEALTH, University of Miami Health System*. s.f. <http://gap.med.miami.edu/esgen/aprende-acerca-de-la-genetica/que-es-la-investigacion-genetica> (último acceso: 4 de septiembre de 2019).

PRONACERA THERAPEUTICS S.L. *Pronacera*. s.f. <https://www.pronacera.com/es/reproduccion-ginecologia/cariotipo/> (último acceso: 2019 de septiembre de 10).

SINAE, Scientific Consulting. *Sinae Perú*. s.f. <https://sinaeperu.com/pruebas/cariotipo/> (último acceso: 2019 de septiembre de 11).

VITA. *VITA Medicina Reproductiva*. 25 de mayo de 2016. <http://www.vitafertilidad.com/blog/tratamientos-tecnicas/analisis-cariotipo-tratamientos-reproduccion-asistida.html> (último acceso: 10 de septiembre de 2019).