



UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA COMO SOLUCIÓN A LOS POSIBLES CASOS DE *WRONGFUL BIRTH* EN CHILE

Situación actual a raíz de la entrada en vigencia de la Ley N°
21.030

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR:

Diego Andrés Montecino Díaz

PROFESORA GUÍA

María Magdalena Bustos Díaz

Santiago, Chile

2020

“El éxito es deformante, relaja, engaña, nos vuelve peor, nos ayuda a enamorarnos excesivamente de nosotros mismos; el fracaso es todo lo contrario, es formativo, nos vuelve sólidos, nos acerca a las convicciones, nos vuelve coherentes”

Marcelo Bielsa

INTRODUCCIÓN.....	1
I) IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH EN EL DERECHO CHILENO.....	2
I.1. PRELIMINAR: LAS ACCIONES DE WRONGFUL LIFE Y WRONGFUL CONCEPTION, Y SUS DIFERENCIAS CON LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH.....	3
I.2. TRATAMIENTO LEGISLATIVO, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH EN EL DERECHO COMPARADO.....	6
I.2.1 Estados Unidos.....	6
I.2.2 España.....	11
I.3. Wrongful birth en la doctrina, jurisprudencia y legislación chilena.....	15
I.4 ¿Por qué la acción de wrongful birth no procede en el ordenamiento jurídico chileno?.....	19
I.4.1 En Chile no se reconoce la autoderminación de la mujer en el ámbito reproductivo.....	19
I.4.2. La Ley N° 21.030 contiene supuestos muy restrictivos, lo que dificulta resarcir los daños típicos que se presentan en la acción de wrongful birth.....	21
I.5 Los problemas de su improcedencia y su posible solución.....	25
II) ANÁLISIS DE LA LEY N° 21.030 QUE REGULA LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES .	26
II.1. Ley N° 21.030: aspectos penales y constitucionales más relevantes.....	26
II.2. Supuestos de hecho de una negligente aplicación de la Ley 21.030.....	32
II.2.1 Primera causal: El riesgo de vida de la madre.....	32
II.2.2 Segunda causal: Inviabilidad fetal.....	33
II.2.3 Tercera causal: Violación.....	36
III) EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA COMO SOLUCIÓN A LA NEGLIGENTE APLICACIÓN DE LA LEY 21.030.....	37
III.1. Fuente de la responsabilidad civil médica y legitimado pasivo.....	38
III.2. Daños indemnizables.....	58
III.3. La carga de la prueba en la responsabilidad civil médica.....	64
IV) CONCLUSIONES.....	70
V) BIBLIOGRAFÍA.....	72
VI) JURISPRUDENCIA, LEYES Y DOCUMENTOS OFICIALES.....	78

INTRODUCCIÓN¹

A raíz de la entrada en vigor de la Ley N° 21.030, que despenaliza el aborto en tres causales, de inmediato han surgido dentro del mundo académico – práctico civilista ciertas inquietudes respecto a la procedencia o no de ciertas acciones judiciales relacionadas con el nacimiento de una persona, reconocidas ampliamente en el derecho comparado: estas son la acciones de *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful conception*.

La hipótesis que se desarrollará y mostrará en esta investigación parte desde el siguiente supuesto: la acción de *wrongful birth*, como ha sido sistematizada en el derecho comparado, no es procedente en nuestro país. Aquello, junto a una preliminar diferenciación de la mencionada acción con las de *wrongful life* y *wrongful conception*, será visto en el primer capítulo de esta tesis, que además mostrará cómo se ha tratado en términos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales la reclamación de *wrongful birth* en Estados Unidos, España y Chile, para mostrar las razones de por qué no es admisible esta acción, junto a los problemas y soluciones que esta postura tiene.

Desarrollado lo anterior, además de analizar las causales que Ley N° 21.030 dispone para que las mujeres puedan abortar, en el segundo capítulo se propondrán situaciones de hecho análogas a las que sustentan en términos fácticos la acción de *wrongful birth*, las cuales deben ser resueltas según las reglas de la responsabilidad civil. También, se expondrán algunos enfoques constitucionales y penales que tiene la mencionada ley.

Por último, en el tercer capítulo, se fundamentará la razón de por qué es el régimen de responsabilidad civil médica el encargado de dar sustento a las reclamaciones de daños derivadas de los casos propuestos anteriormente, buscando, además, soluciones a ciertos problemas propios de este régimen especial de responsabilidad, como lo son los legitimados pasivos y la fuente de responsabilidad que se debe invocar, los daños que son

¹ Quisiera expresar mis más sinceros agradecimientos a mi familia y amigos/as, quienes me han apoyado en todo momento en este gran periplo. Además, agradezco profundamente a la profesora guía de esta tesis, Magdalena Bustos, y a los integrantes de la cátedra “Taller Derecho de Daños. Desafíos contemporáneos. Parte II” por sus valiosísimos comentarios a la hora de confeccionar el proyecto y escribir este trabajo. Muchas gracias a todos/as.

objeto de compensación y quién debe soportar la carga de la prueba dentro de un litigio de estas características.

Para poder efectuar lo previamente señalado, se usará tanto el método dogmático como el método comparativo. El primero, ya que se realizará el análisis en base a la actual normativa del aborto en Chile, derivando diversas conclusiones para verificar la improcedencia de la acción de *wrongful birth* en nuestro país, y la responsabilidad civil médica como solución a esta problemática. El segundo, por su parte, se materializa en la sistematización y comparación del tratamiento que tiene la mencionada acción en países del *common law* y *civil law*, y nuestro país, lo que permitirá delinear los presupuestos de hecho análogos que dan lugar a la acción de *wrongful birth*.

D) IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE *WRONGFUL BIRTH* EN EL DERECHO CHILENO

En el presente capítulo se expondrá, de manera preliminar, las diferencias que existen entre las diversas acciones de responsabilidad civil relacionadas con el nacimiento de una persona que no ha sido deseada por sus progenitores o que genera algún perjuicio tanto a estos como al mismo individuo, a saber, las acciones de *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful conception*.

Luego de la anterior diferenciación, nos centraremos en el estudio de la acción de *wrongful birth* y su sistematización jurídica tanto en Estados Unidos (*common law*) como en España (*civil law*). El análisis de estos dos países se fundamenta en la importancia que han tenido dentro de sus respectivas tradiciones jurídicas en cuanto al tratamiento de esta reclamación. Así, han fijado, entre otros aspectos, los requisitos de procedencia y los daños que busca indemnizar esta acción civil.

Además, se hará una exposición de cómo se ha tratado en Chile esta acción, viendo las posiciones que han estado a favor y en contra de su procedencia, para finalizar con las razones que, en base al análisis del derecho comparado, no permiten impetrar esta demanda

civil dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que la penalización del aborto dejó de ser absoluta.

I.1. PRELIMINAR: LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE* Y *WRONGFUL CONCEPTION*, Y SUS DIFERENCIAS CON LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH*

Para poder comprender de manera acabada la acción de *wrongful birth*, es necesario establecer las diferencias que existen, en términos conceptuales, entre las acciones mencionadas en el apartado anterior, puesto que en muchas ocasiones se suelen confundir, lo que dificulta un acertado análisis.

Se ha definido la acción de *wrongful birth* como aquella “donde los progenitores, actuando en su propio nombre y derecho, alegan que al no haberse detectado (bien por error en el diagnóstico o por no aconsejar sobre la conveniencia de llevarlo a cabo) o no haberseles informado en momento oportuno (aun sin haber error de diagnóstico, no se comunica éste en tiempo y debida forma) sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con malformaciones, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre el procrear o no, o sobre si dar lugar o no al nacimiento”.²

La acción de *wrongful life* es aquella ejercida por “el hijo -sus padres en nombre y representación suya- nacido con deficiencias o anomalías diagnosticables durante el embarazo, reclamación que se basa en el hecho que, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad. En consecuencia, el error médico que se invoca es el de que ha conducido a la vida del propio hijo enfermo demandante”.³

² GALÁN, Julio César (2008). Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007: Responsabilidad médica. Acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Omisión de información sobre la conveniencia de someterse a la prueba del triple screening a gestante que no presentaba factores de riesgo relevantes. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Daño y nexa causa En: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Nº 76, p. 286.

³ VIVAS, Inmaculada (2003). La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial. En: Revista Aranzadi de derecho patrimonial, Nº 11, p. 411.

El caso *Perruche* (17 de noviembre de 2000) conocido por la Corte de Casación francesa, es uno de los fallos emblemáticos en cuanto a las reclamaciones de *wrongful life*. Una mujer embarazada presentaba síntomas de rubéola (enfermedad que afectaba también a uno de sus hijos), y comunicó su voluntad, y la de su marido, de interrumpir el embarazo en caso de confirmarse tal enfermedad, ya que esta provoca un alto riesgo de infección y de malformación del feto. Debido a la negligencia del médico y del laboratorio encargado de efectuar la serología de la rubéola, la mujer creyó que no existían inconvenientes y dio nacimiento a un niño con afecciones neurológicas, sensoriales y cardiológicas gravísimas y definitivas. Los padres interpusieron en contra del médico y el laboratorio dos acciones: una, en nombre propio y otra en representación de su hijo, Nicolás Perruche. Sobre esta última se pronunció la Corte de Casación francesa, concluyendo que “desde el momento que las faltas cometidas por el médico y el laboratorio en la ejecución de los contratos existentes con Madame X... habían impedido a ésta ejercer su opción de interrumpir su embarazo con el fin de evitar el nacimiento de un niño aquejado de una discapacidad, este último puede demandar la reparación de los perjuicios resultantes de esta discapacidad y causado las faltas retenidas”.⁴

Por su parte, la acción de *wrongful conception* es un reclamo ejercido por los progenitores de un niño sano, pero no deseado, quienes pueden demandar en dos hipótesis: primero, por el fallo de un método anticonceptivo aplicado directamente por los padres, sin intervención de médico alguno; y en segundo lugar, en aquella situación en donde se ha acudido a un proceso de esterilización practicado por un médico, a fin de evitar la concepción, y no obstante los procedimientos adoptados, ésta de todas formas se produce.⁵

⁴ TAPIA, Mauricio (2006). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. En: Gaceta Jurídica, N° 308, volumen 308, p. 13. Fue tanto el revuelo que generó este caso, que al poco tiempo después se dictó la Ley N° 2.002-303, del 5 de marzo de 2002, conocida como Ley Anti-Perruche < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015>> [consulta: 13 noviembre 2018] que establece en el primer párrafo del artículo 1 lo siguiente: “*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance*” (“Nadie se puede prevalear de un perjuicio del solo hecho de su nacimiento”). Tal disposición logró consagrar un rechazo expreso a las acciones de *wrongful life*.

⁵ AEDO, Cristián; COLEMAN, Luis; MONDACA, Alexis (2015). Panorama comparado del *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno”. En: Revista Ius et Praxis, Año 21, N°1, p. 21.

Un caso que nos permite ilustrar la mencionada reclamación, lo encontramos en nuestro país: “Bahamondes con Servicio de Salud de Chiloé”,⁶ donde se demandó a la institución de salud pública por falta de servicio. Los hechos son los siguientes: en marzo de 2010 la demandante dio a luz a una niña y, al finalizar la cesárea, se le debía practicar un procedimiento de esterilización para no tener más hijos, ya que la situación económica de la paciente no se lo permitía. A pesar de lo anterior, en diciembre de 2010 se confirmó, mediante una ecografía, que la demandante se encontraba embarazada nuevamente.

Tras verificarse que la intervención de esterilización referida había sido efectivamente pactada, que la misma no se llevó a cabo, y que el tiempo que le debe dedicar a sus hijos produciría una merma en las ganancias de la actora, el Juzgado de Letras de Ancud estimó prudente fijar prudencialmente el daño moral en la suma de \$15.000.000 (quince millones de pesos). Apelado el fallo, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt aumentó la indemnización concedida a título de daño moral a la suma de \$35.000.000 (treinta y cinco millones de pesos). Contra el fallo de la Corte se interpuso un recurso de casación en el fondo por violación del artículo 1698 del Código Civil y del artículo 38 de la Ley N° 19.966, que cuestionaba la existencia de la falta de servicio y el monto de la indemnización por daño moral respectivamente, pero este fue rechazado por la Corte Suprema.⁷

Existe una evidente diferencia entre las acciones de *wrongful birth* y *life*, por un lado, y la acción de *wrongful conception* por otro, dado que los supuestos de hecho son completamente distintos. En las primeras, se parte de la base que el hijo tiene graves malformaciones, mientras que, en la segunda, el niño es completamente sano. Además, en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, la falta de información o diagnóstico acertado es lo que priva a los progenitores (en particular a la madre) de decidir si es que desea concebir o no al futuro niño con graves enfermedades, cuestión que no ocurre en las acciones de *wrongful conception*, puesto que el niño siempre fue “no deseado”.

⁶ Corte Suprema (Tercera Sala), 29 de enero 2016, Rol N° 13544 – 2015 < <http://vlex.com/vid/rosas-bahamonde-lourdes-carmen-592640634>> [consulta: 13 noviembre 2018].

⁷ CÁRDENAS, Hugo (2016). Anticoncepciones fallidas, hijos indeseados e indemnizaciones por manutención. En: Boletín de Actualidad Familiar, Edición 1, volumen 3. Programa de derecho de familia, infancia y adolescencia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 16.

Entre las acciones de *wrongful birth* y *life*, sin embargo, las diferencias no son tan evidentes. Esto, porque responden al mismo supuesto de hecho, vale decir, el diagnóstico erróneo o la ausencia de información oportuna sobre el estado de salud del niño durante el embarazo, privó a la madre de poder interrumpir voluntariamente el embarazo dentro de los márgenes que la ley establece.

Empero, de las definiciones que hemos dado, vemos el elemento que las diferencia: el sujeto activo de la acción. Mientras que en la acción de *wrongful birth* el sujeto activo son los progenitores (en específico la madre, quien es la que tiene la facultad de decidir sobre la continuación o no de su embarazo),⁸ en la acción de *wrongful life* es el mismo hijo nacido enfermo quien ejerce esta acción (por lo general, los progenitores la interponen en su nombre).⁹

I.2. TRATAMIENTO LEGISLATIVO, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE *WRONGFUL BIRTH* EN EL DERECHO COMPARADO

En los siguientes párrafos, veremos cómo es que se ha tratado la acción de *wrongful birth* en dos de los países más avanzados en esta materia, a saber, Estados Unidos y España. Las diversas conclusiones a las que lleguemos en este apartado servirán de insumo para poder fundamentar más adelante las razones por las que esta acción no tiene cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

I.2.1 Estados Unidos

⁸ “La pretensión indemnizatoria de la acción de *wrongful birth* únicamente puede ser ejercitada, bien por ambos padres (conjuntamente), bien por la madre en solitario; pero nunca por el padre, ya que este no tiene capacidad procesal para ser el actor de la misma. La justificación de esta cuestión es sencilla: el aborto es una práctica, que de acudirse a ella, es inherente a la mujer; se trata de una decisión exclusiva y personalísima de la misma, y por lo tanto intransferible. Esta afirmación nos lleva a la conclusión de que dado que la esencia del concepto de *wrongful birth* gira en torno a la lesión del derecho a la información, dirigido hacia una eventual interrupción del embarazo, la decisión de pretender una indemnización solo puede ser de la madre, al es ser ésta la única que ha visto lesionado su derecho”. VICANDI, Arantzazu (2013). El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. En: Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS). Editorial Dykinson, p. 46.

⁹ MACÍA, Andrea (2007). La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En: Revista de Derecho, Universidad del Norte, Vol. 27, Barranquilla, p. 20.

Este fue el primer país en donde se planteó este tipo de reclamación. Fue en el caso *Gleitman v. Cosgrove*¹⁰ del año 1967 en el cual se interpusieron las acciones de *wrongful birth* y *life* de manera conjunta. Estas acciones fueron interpuestas por la Sra. Gleitman en contra de sus médicos ginecólogos, los doctores Cosgrove y Dolan. Las demandas se fundaban en la conducta negligente de éstos al asegurarle en reiteradas oportunidades a la paciente que la enfermedad infectocontagiosa que padeció (rubeola) durante los primeros meses de embarazo no afectarían ni le dejarían secuelas al niño. Sin embargo, al nacer, la criatura experimentó serias complicaciones relacionadas con dicha enfermedad.

La Corte Suprema de Nueva Jersey, que conoció el caso mencionado, rechazó la pretensión interpuesta por la la señora Gleitman basándose principalmente en dos consideraciones: la primera, relacionada con la dificultad de determinar el monto de indemnización correspondiente a los padres, y la segunda, en razón de la protección que merece el bien jurídico que se busca reparar en esta acción, es decir, la vida, que es incompatible con cualquier tipo de compensación pecuniaria. A pesar del rechazo de este primer caso, con los años se presentaron demandas similares que buscaban una indemnización frente a una negligente *praxis* médica, dejando claro que se trataba de una nueva interrogante a tratar dentro del derecho de daños.¹¹

Junto a lo anterior, existe un hecho que marca un antes y un después dentro de esta materia. Nos referimos al caso *Roe v. Wade*¹² (1973), en donde “Jane Roe, una mujer embarazada que residía en Texas, planteó la inconstitucionalidad de las leyes estatales que prohibían procurar o intentar un aborto y solicitó un mandato judicial que impidiera al fiscal de distrito aplicar esas normas. Dichas regulaciones contemplaban, como excepción, la posibilidad de abortar por recomendación médica y para salvar la vida de la madre. La accionante afirmaba que deseaba terminar su embarazo mediante un ‘aborto realizado por un médico competente y con licencia, en condiciones clínicas seguras’. Además, sostenía

¹⁰ Corte Suprema de Nueva Jersey, 6 marzo 1967, 49 N.J. 22 < <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> > [consulta en línea: 12 noviembre 2018].

¹¹ MIRANDA, Johan (2018). Responsabilidad patrimonial por “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”. Memoria para optar al grado de Doctor, Madrid. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, p. 101.

¹² Corte Suprema de Estados Unidos, 22 enero 1973, 410 U.S. 113. < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/> > [consulta en línea: 13 noviembre 2018].

que no pudo tener un aborto ‘legal’ en Texas porque su vida no parecía estar amenazada por la continuidad de su embarazo y que no podía permitirse el lujo de viajar a otra jurisdicción para garantizar un aborto legal en condiciones seguras. Frente a esto, un tribunal de distrito dictaminó que era justificado otorgar una tutela declarativa por la violación de los derechos de la peticionaria; sin embargo, rechazó la concesión del mandato judicial. La decisión fue impugnada por ambas partes, lo que motivó la intervención de la Corte Suprema estadounidense”.¹³

El máximo tribunal de los Estados Unidos decidió despenalizar el aborto inducido, estableciendo un sistema de plazos que actualmente rige en gran parte de los Estados de ese país.¹⁴ Además, y una de las cuestiones que tiene mayor trascendencia en este caso, es que se le reconoce a las mujeres su derecho a abortar.¹⁵

¹³ Ministerio Público de la Defensa. Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Referencia Jurídica e Investigación <
<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1935&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/voces.aspx?voces=AUTONOMÍA%20PERSONAL>> [consulta en línea: 13 noviembre 2018].

¹⁴ “*A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother*” Corte Suprema de Estados Unidos, 22 enero 1973, 410 U.S. 113, 165. (“Una ley penal sobre el aborto del tipo de la que actualmente tiene Texas, que únicamente exceptúa de la criminalidad a los procedimientos para salvar la vida de la madre, independientemente de la etapa del embarazo y sin reconocimiento de los otros intereses involucrados, es violatorio de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. (a) Dentro de la etapa anterior a aproximadamente el final del primer trimestre, la decisión del aborto y su efecto debe dejarse al juicio médico del médico tratante de la mujer embarazada. (b) En la etapa posterior hasta aproximadamente el final del primer trimestre, el Estado, al promover su interés en la salud de la madre, puede, si así lo desea, regular el procedimiento de aborto de manera razonablemente relacionada con la salud materna. (c) En la etapa subsiguiente a la viabilidad, el Estado al promover su interés en la potencialidad de la vida humana puede, si así lo desea, regular, e incluso proscribir, el aborto excepto cuando sea necesario, según el apropiado juicio médico, para la preservación de la vida o la salud de la madre”). Traducción libre.

¹⁵ “*We, therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified and must be considered against important state interests in regulation*”. Corte Suprema de Estados Unidos, 22 enero 1973, 410 U.S. 113, 154 (“Por lo tanto, concluimos que el derecho a la privacidad personal incluye la decisión relativa al aborto, pero que este derecho no está exento de reservas y debe considerarse en relación con importantes intereses estatales en establecer regulaciones”). Traducción libre. Debemos tener en cuenta además, que “a partir de la sentencia recaída en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, el *holding* de *Roe* se reinterpretó y se autorizó a que el Estado expresara

Por su parte, en el caso *Berman v. Allan*¹⁶, resuelto por la Corte Suprema de Nueva Jersey en 1979, se acepta de manera más expresa la doctrina del *wrongful birth*. El caso se refería al nacimiento de una niña con defectos congénitos (síndrome de Down) debido a la negligencia de los médicos Ronald Allan y Michael Attardi, ya que estos no suministraron información respecto de la existencia de pruebas diagnósticas prenatales que hubieran revelado la existencia de dichas malformaciones congénitas. Pruebas prenatales que estaban plenamente indicadas pues la gestante tenía 38 años de edad durante el proceso de embarazo, lo cual lo calificaba como un embarazo riesgoso.

En el caso mencionado anteriormente, se llegó a la conclusión de que es totalmente racional y asequible el indemnizar a los progenitores en razón de la angustia, el sufrimiento mental y emocional que les generó el estado de salud de su descendencia. Y considerando además la consagración del derecho de las mujeres a abortar, claramente la errada información del control prenatal afectó la decisión de los padres respecto a la interrupción voluntaria del embarazo.¹⁷

su interés en la protección de la vida prenatal incluso antes de la viabilidad, siempre y cuando las medidas estatales no constituyeran una carga indebida que obstaculizara sustancialmente el derecho de la mujer a optar por el aborto. La introducción de este segundo test de la carga indebida, tuvo como efecto introducir un elemento de ponderación de intereses que opera durante todo el embarazo. Antes de Casey, la primacía de los derechos de la mujer en la primera etapa del embarazo, y la (eventual) primacía que pudiera establecer el legislador de la vida prenatal después de la viabilidad, operaban como campos de predominio exclusivos. Con esta reinterpretación del *holding* de Roe, y aun cuando se mantiene la primacía de la autonomía de la mujer para abortar antes de la inviabilidad (el Estado no puede prohibir a la mujer abortar), el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a regulaciones que no constituyan cargas indebidas. A partir de Casey, hace mayor sentido leer la actual configuración del derecho al aborto en Estados Unidos, como una expresión del principio de inexigibilidad. La Constitución de Estados Unidos considera inexigible, mientras el feto es inviable, el deber de mantener un embarazo”. En UNDURRAGA, Verónica (2013). Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución chilena. Thomson Reuters, Santiago, p. 238.

¹⁶ Corte Suprema de Nueva Jersey, 26 junio 1979, 80 N.J. 421 < <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1979/80-n-j-421-0.html>> [consulta en línea: 13 noviembre 2018]

¹⁷ “*Mental and emotional anguish parents have suffered and will continue to suffer on account of infant's condition is appropriate measure of damages suffered by parents arising out of mother's loss of her right to abort the fetus as basis of medical malpractice claim for 'wrongful birth'*”. Corte Suprema de Nueva Jersey, 26 junio 1979, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8. (“La angustia mental y emocional que los padres han sufrido y continuarán sufriendo debido a la condición del bebé, es una medida apropiada de los daños sufridos por los padres como consecuencia de la pérdida por parte de la madre de su derecho a abortar al feto como base de la demanda por negligencia médica por “*wrongful birth*”). Traducción libre.

Recientemente, en el caso *Ariel and Debora Levy v. Legacy Health System*¹⁸ (2012, Oregon) se indemnizó a los padres de una niña nacida con síndrome de down por un monto cercano a las 3 millones de dólares, por los perjuicios de orden material sufridos por éstos, ya que se comprobó la negligencia por parte de los médicos tratantes al identificar ciertas irregularidades en la toma de muestras necesarias para llevar a cabo los diagnósticos prenatales de rigor, lo cual imposibilitó identificar malformación alguna en el feto. Lo particular de este fallo, es que se reconocen exclusivamente los perjuicios materiales que se le ocasionan a los padres respecto de los gastos extraordinarios relativos a la enfermedad de la menor, sin referirse en ningún caso al dolor o sufrimiento que pudieran llegar éstos a experimentar por el estado de ella.¹⁹

En términos doctrinales, se ha justificado desde varios puntos la procedencia de la acción de *wrongful birth*. Así, desde el punto de vista del daño que se busca compensar, se ha dicho que esta acción es una importante herramienta para proteger el derecho fundamental de la mujer a la privacidad y a la autodeterminación reproductiva,²⁰ lo que es totalmente congruente con la regulación del aborto imperante en Estados Unidos.²¹ En el mismo sentido, se ha manifestado que en muchos fallos se ha sostenido que el no permitir esta acción, infringiría de manera inadmisibles derechos constitucionales relacionados con la concepción, procreación y otras decisiones familiares.²²

¹⁸ Tribunal de Circuito de Oregon, Cuarto Distrito Judicial, Condado de Multnomah, febrero de 2012 <[https://1-next-westlaw.com.uchile.idm.oclc.org/Document/I553a2a549b5b11e191598982704508d1/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://1-next-westlaw.com.uchile.idm.oclc.org/Document/I553a2a549b5b11e191598982704508d1/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=(sc.Default))> [consulta en línea: 13 noviembre 2018]

¹⁹ MIRANDA, Johan (2018). Op. cit., p. 105.

²⁰ “*The tort of wrongful birth is an important tool to protect women’s fundamental rights to privacy and their right to make procreative decisions.*” SAY, Katherine (2003). *Wrongful Birth – Preserving Justice for Women and Their Families*. En: *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 28 (1), p. 257.

²¹ Es importante tener en cuenta que en todos los Estados se permite el aborto como un derecho constitucional, basándose esencialmente en el fallo *Roe v. Wade*. Sin embargo, varios Estados han impulsado ciertas regulaciones que tienen por finalidad restringir el acceso a este derecho, como lo son Alabama, Ohio, Georgia, entre otros. <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-47672790>>; <<https://www.infobae.com/americas/eeuu/2019/05/19/ola-antiaborto-en-eeuu-ocho-estados-ya-cambiaron-sus-leyes-y-ahora-van-por-roe-v-wade/>>

²² “*thus, several jurisdictions have held that failure to permit a cause of action for wrongful birth would impermissibly infringe on constitutional rights involved in conception, procreation, and other familial decisions.*” CROSBY, Caroline (2008). *The Right to Recovery for Emotional Distress Arising from a Claim for Wrongful Birth*. En: *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 32, p. 149.

Respecto al tipo de daños que han de indemnizarse frente a la interposición de esta acción, se ha aceptado que procede tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial. Este último, fundado principalmente en la infracción a los derechos fundamentales de la mujer, en particular, al de la autodeterminación. Este derecho abarca, entre otras cuestiones, la posibilidad de tener o no hijos, lo que a su vez implica el ejercicio de una libertad de procreación. Esta postura, propia de la jurisprudencia norteamericana, ha sido también desarrollada en Europa.²³ En cuanto a los daños patrimoniales, se ha sostenido que estos abarcan los gastos médicos y de apoyo extraordinarios derivados de la enfermedad de nacimiento del niño.²⁴

El por qué se aceptan este tipo de daños, se puede fundamentar desde dos puntos de vista. Primero, desde una óptica general del derecho de daños, pues los presupuestos de hecho de la acción de *wrongful birth* tienen como condición la comisión de algún tipo de agravio o negligencia y el consecuente nacimiento de un niño no deseado, y por tanto, rechazar cualquier tipo de indemnización daría lugar para que se permitiera la existencia de costosos errores del tipo civil sin ningún tipo de remedio o compensación. En segundo lugar (y a pesar de que se hace referencia al *wrongful conception*, el razonamiento de todas maneras se aplica a la acción de *wrongful birth*), la existencia de este tipo de compensaciones tiene como propósito añadir un elemento disuasivo a la negligencia de los profesionales sanitarios,²⁵ procurando que estos se adecuen a la *lex artis* y se minimicen los casos en que no se da la información oportuna o se da entrega de un diagnóstico errado.

I.2.2 España

²³ “*this right embraces inter alia the possibility of deciding about having children, which in turn involves the exercise of a freedom of procreation (...) Borrowed from American jurisprudence, this concept has also been developed in Europe*” BAGINSKA, Ewa (2010). *Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss: Theories of Compensation*. En: *Journal of European Tort Law*, p. 186.

²⁴ SAY, Katherine (2003). *Op. cit.*, p. 271.

²⁵ “*First, bearing in mind that this fact situation presupposes the commission of a tort or the breach of a warranty and the consequential birth of an unplanned child, to disallow recovery is to permit the existence of a costly civil wrong without a remedy (...) Secondly (...) serve the useful purpose of an added deterrent to negligent performance of sterilization operations*” MOORE, Marvin (1979). *Wrongful Birth – The Problem of Damage Computation*. En: *UMKC Law Review*, Vol. 48 (1), pp. 12 – 13.

Si bien este país no fue el pionero en cuanto al tratamiento de esta acción, es innegable la importancia que ha tenido a través de los años la doctrina y las diversas sentencias del Tribunal Supremo Español que se refieren expresamente a la reclamación de *wrongful birth*. No obstante, antes de continuar, es muy importante mencionar en términos generales cómo es que se ha regulado el aborto en España.

En una primera etapa, coincidente con los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo Español, España contaba con la Ley Orgánica del 9/1985 del 5 de julio de 1985 que despenalizaba el aborto en los siguientes tres casos: (i) riesgo de vida de la madre, (ii) embarazo producto de una violación y (iii) en los casos en que se presume que el feto habrá de nacer con graves malformaciones físicas o psíquicas.²⁶

Una segunda etapa se da con la Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo de 2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Ésta, en su artículo 14, consagra el aborto libre dentro del plazo de 14 semanas de gestación.²⁷ Además, hace algunos cambios en la redacción de las causales (i) y (iii) de la ley anterior, y agrega la

²⁶ Artículo único.

El artículo 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera: «1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2º Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3º Que se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

²⁷ Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

posibilidad de abortar en los casos en que el feto posea anomalías incompatibles con la vida,²⁸ una de las causales que igualmente contempla nuestra actual legislación.

El primer pronunciamiento jurisprudencial en este ámbito se dio en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de junio de 1997,²⁹ en donde los hechos del caso fueron los siguientes: una mujer embarazada en situación de alto riesgo para ella y para el feto, acudió a un centro médico en la ciudad de Valencia con la finalidad de que se le practicara una amniocentesis (examen que permite recoger información sobre el desarrollo del bebé, tomando una muestra del líquido amniótico, que es aquel que rodea al feto en el útero). Aquella prueba, por circunstancias desconocidas, fracasó, y aquello se le informó a la madre dos meses más tarde, hallándose el ginecólogo titular de baja y no proporcionándole tal información a la doctora sustituta. Cuando la madre conoció del fracaso de la amniocentesis, ya había transcurrido el plazo legal para poder abortar. Finalmente, la madre concibió a un hijo con Síndrome de Down, razón por la cual interpuso una acción de daños y perjuicios. El Tribunal Supremo, luego de que la pretensión de la madre fuera rechazada tanto en primera como en segunda instancia, acogió el recurso de casación y condenó al centro médico y la doctora sustituta al pago solidario de 50 millones de pesetas en concepto de daños morales y materiales.

A pesar del favorable resultado para la demandante en el caso anterior, tal postura no ha sido continua y uniforme. Así, en las sentencias del Tribunal Supremo que le siguieron a la

²⁸ Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

²⁹ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 6 junio 1997. STS 3999/1997 <<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e203d2edf22f9ce7/20031203>> [consulta en línea: 14 noviembre 2018].

anteriormente mencionada, de fechas 4 de febrero de 1999³⁰ y 7 de junio de 2002³¹, configurándose supuestos de hecho similares, se rechazaron las pretensiones interpuestas por los progenitores (y en la del 2002 en representación del niño y sus hermanos) y absolvieron de los cargos a los médicos y centros hospitalarios.

Sin embargo, luego del último de los fallos mencionados en el párrafo anterior, y tal como expone la profesora española ELIZARI, ha existido un pronunciamiento favorable a las acciones de *wrongful birth* por parte de la Sala Civil del Tribunal Supremo Español, dejándose de lado la discusión respecto a su procedencia, y ya centrándose en los requisitos de la acción y cuáles son los daños indemnizables.³²

Respecto a los presupuestos o requisitos fundamentales de esta acción, la doctrina española ha puesto de relieve dos de los más importantes. En este sentido, solo puede plantearse una acción de *wrongful birth* si, “en el ordenamiento que resulte aplicable, está contemplada la facultad de interrupción voluntaria del embarazo como una opción lícita de la que disponen la gestante o ambos progenitores; en segundo lugar, es necesario que, en el caso concreto, el mal o defecto que padece el niño, posteriormente nacido, pudiera ser detectado o diagnosticado de acuerdo con el estado de la ciencia médica, antes de la concepción o antes del plazo legalmente fijado para el ejercicio de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo”.³³

En cuanto a los daños indemnizables, han existido dos posiciones doctrinarias: una, que considera que dentro de los daños indemnizables solo se pueden considerar aquellos que deriven de “la privación a la mujer de la facultad de decisión sobre la interrupción del

³⁰ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 4 febrero 1999. STS 679/1999 <<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2fbfe7d77656e56d/20031203>> [consulta en línea: 14 noviembre 2018].

³¹ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 7 junio 2002. STS 4137/2002 <<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2d4f8f0fc1734202/20031203>> [consulta en línea: 14 noviembre 2018]

³² ELIZARI, Leyre (2010). El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En: Derecho y Salud, Vol. 19, pp. 139 – 163.

³³ MACÍA, Andrea (2009). Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*. En: Revista Chilena de Derecho Privado, N°12, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, p. 172.

embarazo o la privación a los progenitores de la libertad de procreación, según se parta de un contexto de ‘falso negativo’ en el diagnóstico prenatal o preconcepcivo”.³⁴

La otra postura, aboga porque la acción de *wrongful birth* permita reparar dos tipos de daños: de un lado el daño moral, constituido por la aflicción, el pesar y la carga que lleva consigo la existencia de un hijo afectado por una dolencia irremediable y, normalmente, muy penosa; de otro lado el daño económico, determinado por la necesidad de hacer frente a gastos y desembolsos especiales o extraordinarios que la misma enfermedad o deficiencia impone, es decir, adicionales a los que exigiría el mantenimiento de un hijo sano -vgr., gastos médicos o sanitarios, de educación especial, de adquisición o adaptación de un vehículo adecuado para su transporte, gastos de adaptación de la vivienda familiar, ingresos dejados de percibir por el progenitor que ha tenido que abandonar el trabajo o reducir su jornada con el fin de prestar al hijo enfermo las atenciones necesarias, etcétera.³⁵

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha optado en la mayoría de sus sentencias relacionadas con acciones de *wrongful birth*, por definir al daño como aquel que está “constituido por la privación a la madre de la facultad de decidir sobre el aborto, y los efectos de esta lesión a la dignidad y autodeterminación de la mujer, muy estrechamente relacionado con el fundamento de la despenalización del aborto eugenésico, concretándose en un daño moral y un daño patrimonial por el coste extra de la discapacidad del niño”.³⁶

En definitiva, y con la revisión que hemos realizado en los párrafos anteriores, se confirma que la jurisprudencia y doctrina española han apoyado (y apoyan) la posición de indemnizar tanto los daños patrimoniales como extrapatrimoniales en los casos de *wrongful birth*.

I.3. *Wrongful birth* en la doctrina, jurisprudencia y legislación chilena

³⁴ MACÍA, Andrea (2007). Op. cit., p. 22.

³⁵ VIVAS, Inmaculada (2003). Op. cit., p. 408.

³⁶ ELIZARI, Leyre (2010). Op. cit., p. 146.

El elemento básico para que la acción de *wrongful birth* tenga espacio dentro de un determinado sistema jurídico, y que incluso se ha explicitado en la doctrina española, es que este permita a las mujeres interrumpir voluntariamente el embarazo, y teniendo en consideración nuestra reciente ley que despenaliza el aborto en tres causales (Ley N° 21.030 que entró en vigencia el 23 de septiembre de 2017), nuestra doctrina ha sido incipiente en el estudio de este tipo de reclamación en particular, y en general, de las acciones que dicen relación con el nacimiento de una persona que pueda producir daños tanto a ella misma como a sus progenitores o que su nacimiento haya sido no deseado. Sin embargo, y a pesar de lo dicho anteriormente, es menester destacar algunos trabajos que se han aproximado a este tipo de demandas.

Por ejemplo, los profesores Enrique Barros y Hernán Corral, varios años antes de la Ley N° 21.030, se han referido en sus respectivas obras sobre responsabilidad extracontractual, sobre esta reclamación. El primero, realiza una breve exposición del tratamiento de esta acción en el derecho comparado, dando énfasis a la legitimación activa, los daños y los hechos generadores de la responsabilidad.³⁷ El segundo, por su parte, y luego de hacer una breve introducción sobre las acciones de *wrongful birth*, *life* y *conception*, manifiesta su total rechazo a este tipo de demandas en base a argumentos más ético-morales que jurídicos.³⁸

En el año 2014, un grupo de profesores de la Universidad Católica del Norte redactaron un artículo que, a pesar de que en esos años el aborto era penalizado completamente, daba ciertas soluciones para que se pudieran aplicar ciertos supuestos de hecho y daños

³⁷ BARROS, Enrique (2010). Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago pp. 365 – 371.

³⁸ “A nuestro modo de ver, el planteamiento de estos casos pone de manifiesto el desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad esencial como un fin en sí, que exige respeto incondicionado y está por encima de todo análisis utilitarista. Un hijo no puede ser nunca concebido como daño, ni económico ni moral, aunque esté aquejado de una dolencia. Con razón se ha dicho respecto del "affaire Perruche" en Francia que siguiendo los argumentos de la sentencia de casación podría llegarse a la conclusión de que para un minusválido la muerte es preferible a la vida. Pero no: un hijo es siempre un don, y nunca una carga. Un ser humano, aunque limitado y enfermo, es siempre una persona que incrementa la bondad y la belleza del mundo. Tampoco la propia existencia puede ser considerada como un daño: no se puede comparar, ni es admisible que alguien lo plantee, la no existencia con la existencia. Si la vida humana es un valor fundamental de todo sistema jurídico civilizado, su conceptualización como daño reparable no puede ser sino un síntoma de barbarie”. CORRAL, Hernán (2011). Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Thomson Reuters, Santiago, p. 162.

indemnizables que persigue la acción de *wrongful birth* a nuestro ordenamiento jurídico. Concluyen los autores, que el daño sufrido por los progenitores no debe fundarse en la posibilidad o no de haber abortado, sino que debe fundamentarse en las afecciones, particularmente psíquicas, que la falta de diagnóstico o tratamiento generó. De haber existido una correcta interpretación y evaluación de los pertinentes exámenes, o aplicación del respectivo tratamiento, los progenitores podrían haber optado por tener algún tipo de sostén emocional. Sumado a lo anterior, se llega a reconocer la concurrencia de daños patrimoniales, que se expresan tanto en los gastos ordinarios como extraordinarios de crianza.³⁹

Incluso, el profesor Renzo Munita expresa que para la aceptación de la acción de *wrongful birth* no necesariamente hay que ser un defensor del aborto ni manifestar haber preferido abortar al menor en caso de haber conocido oportunamente las deficiencias que padecía, abriendo la posibilidad para que en los países en que está penalizado de manera absoluta el aborto (como Chile, antes de la Ley N° 21.030) pueda ser discutido en términos jurisprudenciales esta reclamación, siempre, bajo una visión no discriminatoria ni arbitraria, lo cual supone el requisito de manifestar y probar el haber pretendido abortar. De hecho, es partidario del mismo tipo de daños que reconocen los autores citados en el párrafo anterior.⁴⁰

Una vez que entró en vigor la Ley N° 21.030, de inmediato aparecieron voces que se decantaron por aceptar o no, de manera más expresa, la procedencia de esta acción dentro de nuestro ordenamiento jurídico. A este respecto, cabe destacar la ponencia realizada por la profesora Leonor Etcheberry en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (octubre de 2017), en donde proponía, bajo ciertos supuestos fácticos, la posibilidad de poder accionar por *wrongful birth*. El daño, según esta destacada profesora, no se radicaría en la

³⁹ AEDO, Cristián; COLEMAN, Luis; MONDACA, Alexis (2015). Op. cit. pp. 40 – 41.

⁴⁰ MUNITA, Renzo (2015). Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable mérito indemnizatorio (sobre el tratamiento comparado de las *wrongful actions*) pp. 27 – 28. < http://munitaycia.cl/wp-content/uploads/2018/01/Concepción-nacimiento-y-vida.-V.DEF_.pdf> [consulta en línea: 14 noviembre 2018]

vida misma del niño, sino que se generaría por la pérdida de la chance de abortar por parte de la mujer.⁴¹

El profesor Corral, nuevamente, en un comentado artículo publicado en “El Mercurio Legal”,⁴² rechaza la procedencia de esta acción ya que la sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de agosto de 2017, la cual resuelve la constitucionalidad de la Ley N° 21.030 (introduciendo algunas modificaciones, en particular respecto a la objeción de conciencia), “considera constitucional el proyecto en la medida en que no se establece un derecho al aborto ni tampoco una despenalización por atipicidad o exclusión de la antijuridicidad, sino como una excepción de pena que mantiene la ilicitud original de la conducta que consiste en provocar directamente la muerte del ser humano en gestación (...) Si este es el sentido de la regulación chilena del aborto, no puede pretenderse indemnización de perjuicios por una supuesta negligencia médica que ha frustrado el aborto o que habría impedido el ejercicio a la mujer de la oportunidad de abortar un niño, ni siquiera en las tres causales”.⁴³

De lo ya visto, podemos concluir que solo es cuestión de tiempo para que cada vez más y más autores nacionales se pronuncien sobre estas acciones. Hasta ahora no se registran casos en donde se presenten los supuestos facticos de la acción de *wrongful birth*, pero una vez que ocurra aquello, existirá un gran interés por parte de la jurisprudencia y doctrina de determinar la admisibilidad o no de este tipo de reclamación.

⁴¹ ETCHEBERRY, Leonor (2017). La posibilidad de accionar por *wrongful birth* en Chile. En: Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Pucón, 2017. Universidad Diego Portales, Thomson Reuters, p. 828. Posición que ha sido bastante criticada por la doctrina española. Esto, porque algunos autores centran su argumentación en que “la principal característica de la pérdida de oportunidad es el azar, por lo que el daño en ningún caso puede verse afectado por la voluntad del paciente. Dado que la construcción doctrinal del *wrongful birth* depende de la decisión de la madre, la pérdida de oportunidad no se presta a ser una opción dañosa a invocar” VICANDI, Arantzazu (2013). Op. cit., pp. 49 – 50.

⁴² CORRAL, Hernán (2017). Ley de aborto y responsabilidad civil: ¿casos de *wrongful birth* y *wrongful life* en Chile? El Mercurio Legal, Santiago, Chile, 8 de noviembre de 2017 [en línea] <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/11/08/Ley-de-aborto-y-responsabilidad-civil-casos-de-iwrongful-birthing-y-iwrongful-life-en-Chile.aspx>> [consultado el 10 octubre 2018]

⁴³ *Ibíd.*, p.4.

I.4 ¿Por qué la acción de *wrongful birth* no procede en el ordenamiento jurídico chileno?

Como hemos anticipado, el presente trabajo parte de la premisa de que la acción de *wrongful birth* no procede en nuestro ordenamiento jurídico. A continuación, daremos las razones por las que, desde nuestra perspectiva, y en base al derecho comparado, no es posible accionar por *wrongful birth*.

I.4.1 En Chile no se reconoce la autoderminación de la mujer en el ámbito reproductivo

El derecho a la salud y sexual reproductiva engloba, a su vez, el derecho a la autodeterminación reproductiva. Este último se concretiza en determinados derechos, como lo son el derecho a planear la propia familia, a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y de todas las formas de violencia y coerción que afectan la salud sexual y reproductiva.⁴⁴

La finalidad o propósito que busca conseguir esta acción es proteger precisamente el mencionado derecho.⁴⁵ Tal como se ha reconocido en Estados Unidos, lo que está detrás de la acción de *wrongful birth* es la protección de la autodeterminación reproductiva de la mujer y de su libertad de procreación.

⁴⁴ PARRA, Oscar (2009). El derecho a la salud desde la perspectiva de género y de los derechos de las mujeres. En: VV. AA, Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano, San José, IIDH, p. 152.

⁴⁵ “*In my opinion both wrongful birth and wrongful life claims, in Europe but also elsewhere, are in essence about the right to self – determination, especially of the mother, but also of the father. It is this fundamental right that is breached by the doctors’ or obstetricians’ fault. This right to self – determination, the right to decide for oneself how many children, if any at all, one wants and to decide on what sort of life one would want or specifically not want for one’s offspring, is undermined*”. (“En mi opinión, tanto las declaraciones erróneas de nacimiento como las de vida errónea, en Europa pero también en otros lugares, son en esencia sobre el derecho a la autodeterminación, especialmente de la madre, pero también del padre. Este es un derecho fundamental que es violado por la culpa de los médicos u obstetras. Este derecho a la autodeterminación, el derecho a decidir por sí mismo cuántos hijos, si es que hay alguno, uno quiere y decidir qué tipo de vida desearía o no desearía específicamente para su descendencia, se ve socavado”) GIESEN, Ivo (2009). Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems. En: Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg (THRHR), Vol. 72, p. 268.

La privación o vulneración de estos derechos a causa de la conducta médico – asistencial negligente pasa a ser considerada un daño indemnizable, existiendo una violación a la autodeterminación reproductiva, bien porque haciendo uso de la libertad de procreación se decide no tener más descendencia y esta se produce en ocasión a la conducta negligente del medico, bien porque se toman decisiones relativas a la procreación que no resultan conscientes ni informadas debido a la defectuosa prestación del servicio.⁴⁶

Este supuesto de aplicación de la acción de *wrongful birth*, es el que quizás ha gozado de mayor aceptación entre los autores que se han ocupado del estudio de las acciones que hemos mencionado en este trabajo. Así mismo ha sucedido en la jurisprudencia comparada, en donde si bien es cierto que resulta más acentuada en algunos países la adopción de este supuesto, como sucede en efecto con la jurisprudencia española, no es menos cierto que en la gran mayoría de Estados, se reconoce la vulneración a estos intereses jurídicamente protegidos como auténticos daños antijurídicos que deben ser indemnizados de manera autónoma.⁴⁷

La autodeterminación reproductiva de la mujer se reconoce en Estados Unidos debido al precedente sentado por el caso *Roe v. Wade*, y en España, gracias a la inclusión del artículo 14 N° 1 de la Ley Orgánica 2/2010.⁴⁸

En Chile, sin embargo, no existe ningún reconocimiento normativo o jurisprudencial que permita concluir que, debido a la Ley N° 21.030, las mujeres tienen un derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, ni menos que exista una protección a su autodeterminación reproductiva.

Es más, la misma sentencia del Tribunal Constitucional⁴⁹ es clara al momento denegar tal derecho. En la parte final de su considerando centésimo tercero (103°) expresa lo siguiente:

⁴⁶ MIRANDA, Johan (2018). Op. cit., p. 227.

⁴⁷ MIRANDA, Johan (2018). Op. cit., p. 228.

⁴⁸ CAPODIFERRO, Daniel (2016). La evolución de la regulación del aborto en España: perspectivas teóricas y proyección normativa. En: Anuario de Facultad de Derecho da UDC (AFDUDC), vol. 20, p. 88.

⁴⁹ Tribunal Constitucional de Chile, 28 agosto 2017, Rol N° 3729 (3751) -17, p. 115

Por lo anteriormente expresado, las prestaciones médicas para practicar el aborto justificado, no son un nuevo derecho subjetivo, sino, sólo una concreción y confirmación del derecho constitucional a la protección de la salud, que debe garantizarse a las mujeres como titulares universales del mismo y que se encuentran enfrentadas a la decisión de interrumpir su embarazo. No hay un derecho nuevo, sino la garantía de igualdad ante la ley, pues se trata de una categoría eventual de pacientes que deben ser tratados de la misma forma;”

La Ley N° 21.030, tal como lo considera cierta parte de la doctrina española respecto a su propia ley de aborto, “no tiene asociado un derecho sino una ‘garantía de acceso’. En estas condiciones, no puede configurar un daño resarcible la lesión de un derecho subjetivo”.⁵⁰ Sin embargo, esto no obsta que no pueda existir algún tipo de reparación por la lesión a un determinado derecho o interés.⁵¹ Lo que ocurre es que, en nuestro caso, no existe lesión al derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer puesto que no es reconocido por el ordenamiento jurídico, lo que implica la improcedencia de la acción estudiada en nuestro derecho.

Lo anterior, y adelantándonos con nuestra futura posición, no implica que frente a eventuales supuesto fácticos semejantes a los que requiere la acción de *wrongful birth* no exista la lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo. Es más, el mismo considerando centésimo tercero anteriormente mencionado en su parte inicial, reconoce que el aborto es una “prestación médica que se constituye como un auténtico derecho subjetivo”,⁵² por lo que su contravención permitiría reclamar perjuicios civiles.

I.4.2. La Ley N° 21.030 contiene supuestos muy restrictivos, lo que dificulta resarcir los daños típicos que se presentan en la acción de *wrongful birth*

⁵⁰ TORRE DE SILVA, Víctor (2017). Responsabilidad por nacimiento evitable (*wrongful birth*) y discapacidad. En: Revista de Administración Pública, 203, p. 104.

⁵¹ La noción de daño no solo se enmarca en la lesión a algún derecho subjetivo, sino que también a cualquier interés que sea legítimo. BARROS, Enrique (2010). Op. cit., pp. 219 – 226.

⁵² Tribunal Constitucional de Chile, 28 agosto 2017, Rol N° 3729 (3751) -17, p. 114.

En segundo lugar, y atendiendo al concepto de la acción de *wrongful birth* y a los daños indemnizables que la doctrina y jurisprudencia comparada han determinado para esta reclamación, nuestra actual legislación que despenaliza el aborto no nos permite situarnos de manera manifiesta en los supuestos de hecho que esta demanda requiere y, por ende, reclamar los perjuicios que se entienden compensados en este tipo de situaciones.

La Ley N° 21.030 sustituyó el antiguo artículo 119 del Código Sanitario,⁵³ por el siguiente:

“Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.

3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación”.(énfasis nuestro)

Conforme lo expuesto respecto a la acción de *wrongful birth*, lo elemental es que la criatura tenga algún tipo de enfermedad que, por negligencia del médico, no se le haya informado a la madre, o lisa y llanamente, este no haya realizado un diagnóstico correcto.

Las causales de aborto, salvo la dispuesta en el numeral 2, no nos sitúan en la situación fáctica antes descrita. La causal que ha sido subrayada por nuestra parte, es la que más se asimila al supuesto de hecho indispensable para poder accionar por *wrongful birth*. Sin

⁵³ “Artículo 119. No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Este artículo fue fruto de la Ley N° 18.826, publicada en septiembre de 1989 a finales de la dictadura militar, y sustituyó el artículo 119 del Código Sanitario (Decreto con Fuerza de Ley N° 725) de 1968, que disponía: “sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”.

embargo, tampoco nos permite concluir de manera categórica que sea una hipótesis de esta reclamación.⁵⁴

Y es que tal como expresa la norma, la patología congénita debe ser incompatible con la vida extrauterina, lo que se refleja en que el feto presenta tan graves malformaciones, irreversibles e incurables, que producirán su muerte intraútero o a las pocas horas de nacer,⁵⁵ por lo que no resulta posible adecuarse a los daños patrimoniales indemnizables que la doctrina y jurisprudencia comparada ha determinado para los casos de *wrongful birth*, que son básicamente los gastos extraordinarios que se derivan de la enfermedad del menor.

La anterior conclusión es en razón a que la regulación del aborto tanto en Estados Unidos como España, a diferencia de la chilena, y tal como se vió en sus respectivos apartados, permite el aborto en los casos en que el feto tiene una enfermedad o malformación grave, pero que de todas maneras es compatible con la vida extrauterina.

Para ilustrar lo anterior, el síndrome de down es un muy buen ejemplo. En Chile no se podría, so pena de sanción penal, abortar a un feto si es que tiene esta enfermedad. Sin embargo, en España sí se podría en virtud del artículo 15 b) de la Ley Orgánica 2/2010, y en Estados Unidos con mayor razón, dado el sistema de plazos y de carga indebida⁵⁶ que impera en aquella nación.

Es por lo previamente dicho, que es necesario dejar en claro que nuestra postura se sitúa desde un plano teórico, dado que es la misma ley la que restringe el aborto a aquellos casos

⁵⁴ Es una hipótesis que conduce al nacimiento de criaturas que fallecen por causa de estas anomalías, por lo que no puede llegar a plantearse una reclamación por el hecho de vivir en esas condiciones. MACÍA, Andrea (2011). El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. En: Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, N° 23, p. 89.

⁵⁵ OLALLA, Alicia (2006). Interrupción de embarazos incompatibles con la vida y el Derecho”, Bioética & Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

⁵⁶ En el caso *Planned Parenthood v. Casey*, la Corte Suprema de Estados Unidos definió la carga indebida (*undue burden*) como aquella disposición legal que coloca un obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca un aborto antes de que el feto alcance la viabilidad (“*An undue burden exists, and therefore a provision of law is invalid, if its purpose or effect is to place a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion before the fetus attains viability.*”). Corte Suprema de Estados Unidos, 29 junio 1992, 505 U.S. 833.

en donde el niño no puede sobrevivir extrauterinamente, o si es que sobrevive, lo hace por poco tiempo. Bajo esa óptica es en la que nos situamos para concluir que los gastos extraordinarios del menor (daño patrimonial indemnizable propio de la acción de *wrongful birth*) no podrían producirse bajo nuestro ordenamiento jurídico.

En otras palabras, dado que la Ley N° 21.030, en particular en la causal de inviabilidad fetal, considera la no sobrevivencia del feto, no cumpliéndose por ende el supuesto fáctico esencial para poder accionar por *wrongful birth*, no es posible aceptar la existencia de los daños patrimoniales que esta reclamación supone, no existiendo menoscabo o perjuicio que resarcir.

Lo anterior, eso sí, no implica que en la práctica no puedan existir casos (excepcionalísimos) en donde a pesar de que el feto tenga una enfermedad incompatible con la vida extrauterina, este sobreviva un período de tiempo prologando.⁵⁷ Tales casos no están resueltos por la actual ley de aborto, por lo que en caso de presentarse algún tipo de daño (patrimonial o extrapatrimonial) para los progenitores, creemos que estos deberían ejercer reclamaciones bajo el régimen general de responsabilidad civil médica.

El actual artículo 119 del Código Sanitario, modificado por la Ley N° 21.030, solo se hace cargo de una situación bien particular en su inciso duodécimo, expresando lo que sigue:

“En la situación descrita en el número 2) del inciso primero, el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija, tanto si se trata del parto como de la interrupción del embarazo con sobrevivencia del nacido”.

Esta disposición es complementada con la “Norma Técnica Nacional: Acompañamiento y Atención Integral a la mujer para la Interrupción voluntaria del Embarazo en tres causales que regula la Ley 21.030”, del Ministerio de Salud. En esta, se hace únicamente mención a

⁵⁷ Dos años antes de la entrada en vigor de la Ley N° 21.030, se lanzó el libro “Voces desde el vientre”, escrito por Nevenka Astudillo, mujer que tuvo un hijo que en su momento fue declarado “inviabile” y actualmente tiene más de 10 años. En tal libro, relata una serie de casos similares al suyo <https://www.cnnchile.com/lodijeronencnn/libro-voces-desde-el-vientre-narra-la-historia-de-una-madre-que-siguio-su-embarazo-a-pesar-de-inviabilidad_20150203/> [consulta en línea: 14 noviembre 2018].

las horas en las que vive el feto, y los cuidados paliativos que deben tenerse, teniendo estos el objetivo básico de mantener una adecuada calidad de vida y el bienestar de los pacientes y su entorno familiar antes de la muerte del recién nacido.⁵⁸

Con todo, no es propósito de esta tesis hacernos cargo de los últimos matices comentados anteriormente, a pesar de la importancia que tiene evidenciar estas situaciones a efectos de poder delimitar de manera más precisa el objeto del presente trabajo.

I.5 Los problemas de su improcedencia y su posible solución

La no procedencia de la acción de *wrongful birth* abre la siguiente interrogante: ¿Qué ocurre si es que a la madre no se le informa sobre la enfermedad congénita incompatible con la vida extrauterina, o si es que el médico, negligentemente, no logra diagnosticar a tiempo esa enfermedad?

La imposibilidad de accionar por *wrongful birth* en Chile es un problema para este tipo de situaciones, ya que es la única acción que se conoce dentro del derecho que da ciertas respuestas o soluciones a este tipo de casos. Sin embargo, ¿necesitamos la consagración de esta acción para poder hacer frente a este tipo de situaciones? Nuestra postura, como se fundamentará más adelante, es que no.

En las situaciones planteadas se evidencia de inmediato la existencia de una lesión a un interés jurídico relevante, como es la salud psíquica (y eventualmente física de la madre) de los progenitores quienes, con todas las esperanzas de tener un hijo sano, no se les informa sobre la malformación del feto o el profesional sanitario no logra, de manera negligente o dolosa, diagnosticar la enfermedad, afectando la decisión de la madre de querer abortar o no tal criatura.

⁵⁸ Norma Técnica Nacional: Acompañamiento y Atención Integral a la mujer para la Interrupción voluntaria del Embarazo en tres causales que regula la Ley 21.030. Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, 2018. pp. 73 – 75. < https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/02/NORMA-IVE-ACOMPANAMIENTO_02.pdf> [consulta en línea: 14 noviembre 2018].

Desde ya adelantamos que, desde nuestra perspectiva, la lesión no está en una privación a la madre de ejercer su facultad de abortar en determinadas situaciones, sino que radica en todos los sufrimientos psicológicos que debe soportar por los diversos errores culpables del personal médico, sumado a eventuales daños patrimoniales, reflejados típicamente en las categorías de daño emergente y lucro cesante. Sostener lo primero, evidencia una dificultad a la hora de querer conseguir algún tipo de indemnización, puesto que nuestra ley de aborto no consagra un derecho a abortar, según la misma interpretación del Tribunal Constitucional que, estemos de acuerdo o no, es nuestro estado actual.

Por lo anterior, es que creemos firmemente que frente a la imposibilidad de accionar por *wrongful birth*, de todas maneras los daños extrapatrimoniales y patrimoniales sufridos por la madre o los progenitores deben ser resarcidos, y considerando el contexto en el cual se plantean (contrato de prestación de servicios médicos, profesionales sanitarios, centros hospitalarios, etcétera) el estatuto de responsabilidad civil médica es el más idóneo para poder hacer frente a este tipo de situaciones y reparar los perjuicios derivados de una negligencia médica. La determinación de qué daños patrimoniales y extrapatrimoniales deben ser resarcidos, serán objeto del III capítulo de esta tesis.

II) ANÁLISIS DE LA LEY N° 21.030 QUE REGULA LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES

En el presente capítulo, nos centraremos en dos aspectos: primero, en dar un breve análisis de los tópicos más relevantes desde el punto de vista penal y constitucional de la Ley N° 21.030; y en segundo lugar, y luego de hacer una descripción de los aspectos más relevantes de las causales en las que está permitido abortar, estableceremos ciertos supuestos de hecho análogos a los que permitirían accionar por *wrongful birth*, los cuales deben ser resueltos por el estatuto de responsabilidad civil médica

II.1. Ley N° 21.030: aspectos penales y constitucionales más relevantes

En términos doctrinales, “el delito de aborto consiste en la interrupción del embarazo con destrucción o muerte del producto de la concepción dentro o fuera del cuerpo de la

mujer”.⁵⁹ Se encuentra tipificado entre los artículos 342 y 345 del Código Penal, dentro de los denominados “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”.

Se ha clasificado a este delito como uno del tipo arcaico, vale decir, la punibilidad del aborto responde a residuos de otras costumbres y otros sistemas sociales, de tiempos pasados que en nada tienen relación o conservan escasos puntos de conexión con las orientaciones estimativas actuales y la organización social imperante, debiéndose instar por una regresión en su punibilidad,⁶⁰ es decir, avanzar hacia una regulación que situé al aborto como una conducta lícita en la mayoría de sus casos.

Sin embargo, aun persisten posiciones que justifican en su totalidad la penalización absoluta del aborto, ya que se le considera como una “forma de protección de la vida humana; por cuanto el feto es un ser vivo y humano, con vida en gestación, toda vez que tiene autonomía biológica y jurídica, el derecho tutela la vida de quien está por nacer, la vida intrauterina se encuentra ampliamente protegida; por cuyo motivo la madre no es libre para disponer de la vida de su hijo que se encuentra en su existencia natural intrauterina, por lo que el Estado tiene el deber de proteger la vida del ser que se encuentra en estado de gestación, esto es está por nacer. Se mantiene, y debe mantenerse, la punibilidad del aborto, como expresión de la censura social contra el crimen que afecta la vida de aquel ser indefenso, en proceso de gestación”.⁶¹

Si bien no es objeto esta tesis, nuestra postura frente al delito de aborto se adhiere a la dicha por el profesor GUZMÁN, en el sentido de que el aborto solo debe ser penalizado en aquellos casos en donde ha sido causado en contra de la voluntad de la mujer, así como aquellos en donde por la impericia del sujeto actuante o el progreso del embarazo, se ponga

⁵⁹ GARRIDO, Mario (2010). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 105.

⁶⁰ GUZMÁN, José Luis (2012). Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social. En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 17, p. 21.

⁶¹ MENETEAU, Hernán (2016). El delito de aborto en el Derecho Penal chileno. Editorial Metropolitana, Santiago, p. 34.

en peligro la vida de la embarazada, protegiendo sus derechos fundamentales más preciados, como lo son su libertad y la vida, respectivamente.⁶²

El cambio más importante que estableció la ley en nuestro ordenamiento jurídico dice relación con la eliminación de la penalización absoluta y en cualquier circunstancia del delito de aborto, bajo el denominado sistema de “indicaciones”, en donde se supedita la no punibilidad del aborto a la verificación, por parte de un tercero, de supuestos fácticos taxativamente definidos e independientes de la sola voluntad de la mujer.⁶³

De esta manera, se introduce en nuestro derecho nacional específicas “causales de justificación”, entendidas como aquellas situaciones reconocidas por el derecho, en las que la ejecución de una conducta típica se encuentra permitida o, incluso, exigida, y es, por consiguiente, lícita”.⁶⁴

La razón de esta introducción no se basa solamente en la verificación de esta tendencia en el derecho comparado, en donde países como España, Italia, Portugal, Suiza, Austria, entre otros, han optado por esta calificación propia del derecho penal, sino que también porque nuestro mismo Código Penal, en su artículo 10 N° 10,⁶⁵ exime de responsabilidad penal cada vez que la ley consagra el derecho a realizar bajo ciertos supuestos una conducta subsumible en un tipo penal.⁶⁶ Así, nuestro derecho faculta a las mujeres a interrumpir voluntariamente su embarazo, siempre y cuando concurren los estrictos supuestos que incorpora la Ley N° 21.030, sin ningún tipo de sanción penal.

Desde un punto de vista constitucional, sin duda que los tópicos de discusión más relevantes se dieron gracias al requerimiento interpuesto ante el Tribunal Constitucional por un grupo de parlamentarios en contra del proyecto de ley que despenalizaba el aborto en

⁶² GUZMÁN DALBORA, José Luis (2012). Op. cit., p. 38.

⁶³ HERNÁNDEZ, Héctor (2016). La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación. En: Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile. Centro de Derechos Humanos UDP, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, p. 230.

⁶⁴ CURY, Enrique (1988). Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. p. 314.

⁶⁵ Art. 10. “Están exentos de responsabilidad criminal (...) 10.º El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”.

⁶⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2016). Op. cit., pp. 244 – 252.

tres causales, el que fue rechazado, salvo en lo que respecta a la objeción de conciencia, admitiendo este derecho para las instituciones.

El punto central de tal requerimiento se fundaba en que tal proyecto contravenía lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución Política de la República, que establece que “la ley protege la vida del que está por nacer”.

El Tribunal Constitucional rechazó tal argumentación en base a una serie de argumentos, que se expondrán a continuación:

(i) La Constitución ordena al legislador (la ley y solo esta) proteger la vida del que está por nacer (artículo 19 N°1 inciso segundo.), lo que no puede significar que exista un mandato para descuidar a la mujer, no considerando a la madre como un instrumento utilitario de protección del no nacido (considerandos cuadragésimo sexto y séptimo).⁶⁷

(ii) El que está por nacer es distinto a la persona, por ende, no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca esta última condición y sea titular de derechos (considerando septuagésimo séptimo).⁶⁸

La referida postura ha sido incluso reconocida antes de la sentencia del Tribunal Constitucional, en donde, desde una lectura en conjunto de las normas del Código Civil (artículos 74 y ss.) y el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, se concluye que persona es quien ha nacido. Así, se establece un estatuto de protección distinto entre las personas y el *nasciturus*: mientras que las primeras son titulares del derecho subjetivo constitucional a la vida, la Constitución consagra a la vida del que está por nacer como objeto de protección imperativo para el legislador.⁶⁹

⁶⁷ Tribunal Constitucional de Chile, 28 agosto 2017, Rol N° 3729 (3751) -17, pp. 83 – 85.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 102.

⁶⁹ MAYER, Laura (2011). La vida del que esta por nacer como objeto de protección legal. En: Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N° 5, pp. 65 – 66.

(iii) Ya entrando en el análisis de las tres causales, respecto a la primera (riesgo de vida de la madre) el Tribunal Constitucional concluye que la normativa requiere siempre del consentimiento de la mujer, por lo que el no hacer nada frente a estos casos también es una forma de decidir.⁷⁰ En tal sentido, si en este caso es requerida la interrupción del embarazo por la mujer, y habiéndose diagnosticado tal riesgo vital por el médico, se debe proceder a tal interrupción con la finalidad de salvar la vida de la madre (considerandos nonagésimo tercero, cuarto y quinto).⁷¹

En la segunda causal (inviabilidad fetal), el Tribunal Constitucional hace alusión a una cuestión más general, referida en el apartado de la improcedencia de la acción de *wrongful birth* en nuestro derecho nacional, no reconociendo un derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, sino que únicamente se explicita que las prestaciones médicas para practicar un aborto justificado son solo una concreción del derecho a la salud, garantizado a todas las personas. La única mención directa a esta causal, la hace al final de este apartado, en donde señala que no es posible imponer a la mujer una carga de soportar un embarazo a todo evento sabiendo que el embrión o feto esta destinado a fallecer (considerandos centésimo tercero y cuarto).⁷²

Por último, respecto a la causal de violación, el Tribunal Constitucional advierte que en este supuesto se debe poner énfasis en el sufrimiento de la mujer, no en el embrión o feto. Además, recalca diversos aspectos de esta causal, como lo son la existencia de un plazo para invocarla (que se diferencia entre las mujeres menores de 14 años y mayores de dicha edad), el acompañamiento frente a este tipo de situaciones y la obligación de denunciar, en

⁷⁰ Puede existir duda respecto a la posibilidad de que la mujer no quiera someterse a una interrupción del embarazo, incluso si es que su propia vida es la que está en peligro. A este respecto, la Norma Técnica Nacional que regula esta materia, es explícita en señalar que es la mujer la que debe decidir si someterse o no a un aborto. “(...) Es ella quien decide qué conducta seguirá y el equipo de salud siempre respetará esa decisión (...) En caso de que decida continuar con la gestación, se le deberá relatar la evolución esperable y los síntomas que presentará, aclarando las consecuencias de la decisión de continuar con la gestación, señalando siempre que ella puede cambiar su parecer. El equipo de salud resguardará los demás cuidados regulares de acuerdo con su estado de salud.” Norma Técnica Nacional: Acompañamiento y Atención Integral a la mujer para la Interrupción voluntaria del Embarazo en tres causales que regula la Ley 21.030. Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, 2018, p. 47.

⁷¹ Tribunal Constitucional de Chile, 28 agosto 2017, Rol N° 3729 (3751) -17, p. 110.

⁷² *Ibíd.*, p. 115.

donde nuevamente se hace distingo en razón de la edad: mayores y menores de 18 años (considerandos centésimo octavo, décimo, décimo primero y décimo segundo).⁷³

(iv) La escasa eficacia que tiene la penalización absoluta del aborto, que se refleja en que entre los años 2005 y 2016 las mujeres condenadas por aborto apenas fueron 148, lo que trae como consecuencia que el mantenimiento del *status quo* no se ajusta a un adecuado test de proporcionalidad, más aún teniendo en cuenta que el derecho penal actúa siempre como *ultima ratio* (considerandos centésimo décimo cuarto y décimo quinto).⁷⁴

(v) Una supuesta vulneración a la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 Constitución Política de la República) no es tal, ya que las causales son distintas, por lo que su acreditación responde a presupuestos propios de cada situación. También, el distingo de edad entre las mujeres violadas (mayores y menores de 14 años) se justifica conforme a la actual Ley de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (Ley N° 20.084) y a lo dispuesto en el art. 362 del Código Penal,⁷⁵ en donde el acceso carnal a una menor de 14 años es siempre violación, por lo que la diferenciación que se hace es armónica con la actual legislación.

La intervención diferenciada de los representantes legales (para las menores de 14 años es necesaria la autorización de estos; las mujeres mayores de 14 y menores de 18 años solo deben informarles a estos) se explica en razón de que están en juego derechos personalísimos, se protege la confidencialidad y se vela por el interés superior del menor. Por último, el acompañamiento nunca debe persuadir a la mujer para que opte por no abortar: es ella quien decide, para la cual debe expresar su consentimiento de manera expresa, previa y escrita. Lo fundamental es reconocer y dar sustento a la dignidad de la mujer, debiendo el Estado respetar su decisión (considerandos centésimo décimo séptimo a centésimo vigésimo).⁷⁶

⁷³ *Ibíd.*, pp. 117 – 119.

⁷⁴ Tribunal Constitucional de Chile, 28 agosto 2017, Rol N° 3729 (3751) -17, p. 120.

⁷⁵ “Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.

⁷⁶ Tribunal Constitucional de Chile, 28 agosto 2017, Rol N° 3729 (3751) -17, pp. 121 – 124.

II.2. Supuestos de hecho de una negligente aplicación de la Ley 21.030

A continuación, junto a una breve explicación de los elementos más importantes de cada una de las causales, estableceremos supuestos de hecho similares a los que permitirían accionar por *wrongful birth*, los cuales deben someterse al estatuto de responsabilidad civil médica.

Antes de comenzar con la descripción de estas causales, es importante hacer notar un aspecto común que tienen todas las causales, referido al consentimiento. La mujer mayor de 18 años que se encuentre en algunas de las hipótesis que señala la ley, deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Luego, en términos generales, la ley hace un distingo entre las menores de 14 años y las adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años. Las primeras, además del requisito común, deben contar con la autorización de su representante legal. Las segundas, solo deben informar a su representante legal, y si hay más de uno, al que ella señale.

II.2.1 Primera causal: El riesgo de vida de la madre

En esta causal, que no contiene plazo, la interrupción del embarazo por parte de la mujer tiene como finalidad evitar un peligro para su vida. La “Norma Técnica Nacional: Acompañamiento y Atención Integral a la mujer para la Interrupción voluntaria del Embarazo en tres causales que regula la Ley 21.030”, para efectos de que se consituya esta causal, diferencia dos tipos de riesgos:

(i) Riesgo Vital Inminente:⁷⁷ en este caso, las acciones estarán centradas en la secuencia de reanimación, estabilización hemodinámica de la mujer para derivarla, si fuese posible, a interrumpir el embarazo si esa fuese la herramienta idónea que le pueda salvar la vida

⁷⁷ “Si la mujer se encontrase con riesgo vital inminente y no ha dejado su consentimiento escrito en forma anticipada, o se encontrara inconsciente sin poder dar a conocer su voluntad, se podrá proceder y realizar la interrupción conforme lo dispone el artículo 15 letra b) y c) de la Ley N° 20.584. Lo mismo se aplicará en otros casos en que no se pueda obtener la voluntad de la mujer en forma expresa, previa y por escrito”. Norma Técnica Nacional. Op. cit., p. 18. Las normas referidas, en última instancia ordenan garantizar la protección de la vida, en este caso, de la mujer.

(síndrome hipertensivo del embarazo (SHE) severo; embarazo ectópico roto, etc.). Un médico cirujano define y deja estipulado en la ficha clínica que se debe realizar la interrupción inmediatamente para salvar la vida de la mujer.⁷⁸

(ii) Riesgo Vital no inminente: En estas situaciones, un ginecobstetra valorará los antecedentes clínicos definiendo el riesgo de vida de la mujer gestante. Esto puede suceder en patologías agudas propias del embarazo (por ejemplo, SHE) y también en patologías crónicas. Estas se consideran causa de muerte materna indirecta (por ejemplo, las mujeres cardíopatas que no resisten el aumento de volemia de un embarazo). En caso de otras patologías concomitantes a la gestación (como algunos cánceres), o en mujeres portadoras de patologías crónicas (como cardiopatías, hipertensión arterial (HTA) severa, enfermedades autoinmunes, etc.), el médico/a gineco-obstetra deberá contar con una evaluación realizada por un especialista con competencias en la patología, que señale el riesgo que presenta la mujer con dicha gestación. El médico deberá dejar por escrito los elementos clínicos que definieron que se constituyera la causal.⁷⁹

En definitiva, la causal opera esencialmente con dos supuestos: el consentimiento de la mujer y el respectivo diagnóstico médico.

No divisamos en esta causal algún tipo de supuesto fáctico análogo o similar al que debe concurrir para poder impetrar la acción de *wrongful birth*. Como ya latamente hemos estudiado, es el feto el que debe tener ciertas enfermedades o malformaciones genéticas, siendo la no detección a tiempo por parte de los médicos de esta enfermedad, el hecho generador de responsabilidad. Si el médico no logra divisar la existencia de algún tipo de riesgo vital inminente o no inminente, teniendo como resultado la muerte de la mujer (o en el mejor de los casos, un severo daño físico), esta situación se enmarca dentro de un supuesto típico de responsabilidad civil médica.

II.2.2 Segunda causal: Inviabilidad fetal

⁷⁸ Ibid., p. 43.

⁷⁹ Norma Técnica Nacional. Op. cit., p. 43.

En esta segunda causal, que tampoco contiene plazo para su ocurrencia, se requiere que el feto tenga una enfermedad congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente y, en todo caso, de carácter letal. Para que la mujer pueda interrumpir su embarazo bajo esta causal, aparte de expresar su consentimiento, se deberá contar con dos diagnósticos médicos que avalen esta incompatibilidad con la vida extrauterina.

Es importante tener en cuenta que este tipo de enfermedades son variadas, y dependiendo del estado de la ciencia, es que incluso podemos incluir o descartar enfermedades. Algunas de estas son:

(i) Anencefalia, exencefalia y acráneo: Malformación cerebral congénita caracterizada por la ausencia parcial o total del cerebro, cráneo y cuero cabelludo. Su prevalencia mundial es aproximadamente 1:1.000 nacimientos, aunque en Chile esta incidencia se ha reducido significativamente después de la incorporación del ácido fólico en la dieta de la población chilena, reportándose para 2015 una tasa acumulada para anencefalia de 0,35:10.000 nacimientos, conforme al protocolo de seguimiento del programa nacional de fortificación.

(ii) Riñones multi o poliquísticos con secuencia Potter y de inicio precoz. Anomalías displásicas de ambos riñones que se asocian a hipoplasia pulmonar (falta de desarrollo de los pulmones). Su prevalencia fluctúa de 1:10.000 recién nacidos para los riñones multiquisticos a 1:50.000 recién nacidos para los poliquísticos.

(iii) Secuencia de Tallo corporal. Es un gran defecto de pared abdominal que genera hipoplasia pulmonar (falta de desarrollo de los pulmones) que no se puede resolver vía quirúrgica. Su prevalencia es alrededor de 1:14.000 recién nacidos.

(iv) Atresia laríngea o traqueal. Consiste en una obstrucción de la vía aérea. Su prevalencia es desconocida, pero es muy infrecuente. Conduce al fallecimiento del recién nacido por imposibilidad de respirar al nacer.⁸⁰

En esta casual sí encontramos que se pueden dar tres supuestos de hecho semejantes a los que se necesitan para poder accionar por *wrongful birth*, a saber:

(I) Aquella situación en donde el médico y/o el laboratorio a cargo de los exámenes prenatales no detectan la enfermedad, se equivocan en la toma de muestras o lisa y llanamente no realizan el examen, y el feto muere de manera espontánea dentro del vientre de la madre o a las pocas horas o días de haber nacido

(II) El médico no toma las medidas necesarias para poder controlar o detectar este tipo de anomalías, dando como resultado la muerte del feto dentro del vientre materno o a las pocas horas o días de haber nacido.

III) El médico deliberadamente decide no suministrar la información sobre el estado del feto después de realizado el examen, no informa sobre la necesidad de realizarse tal examen o no informa sobre el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, produciéndose la muerte del feto de manera espontánea dentro del vientre de la madre o a las pocas horas o días de nacer.⁸¹

Son estos supuestos fácticos bajo los cuales daremos respuestas a diversas interrogantes que nacen de la aplicación de la responsabilidad civil médica, que es el régimen más idóneo para poder compensar los daños sufridos en estas situaciones.

⁸⁰ Norma Técnica Nacional. Op. cit., pp. 52 – 53. En esta norma técnica también se mencionan otro tipo de enfermedades reconocidas como incompatibles con la vida extrauterina independiente, sin ser un listado taxativo.

⁸¹ Todas estas situaciones de hecho parte de la base de que ni el médico especialista ni el centro de salud son objetores de conciencia, cuestión que se reconoce con la inclusión por parte de la Ley N° 21.030 del artículo 119 ter del Código Sanitario.

II.2.3 Tercera causal: Violación

Esta causal, a diferencia de las otras dos, sí contiene un plazo, el cual se diferencia dependiendo de la edad de la mujer. Si es menor de 14 años, el plazo máximo para poder interrumpir voluntariamente su embarazo es de 14 semanas de gestación (3 meses y medio). En cambio, si la mujer es mayor de 14 años, el plazo máximo es de 12 semanas de gestación.

Un aspecto interesante de esta causal dice relación con que, para acceder a interrumpir el embarazo bajo esta causal, no es necesario acreditar el delito de violación. La concurrencia de esta causal será evaluada por el equipo de salud, conformado especialmente para estos efectos, sobre la base de las siguientes consideraciones: (i) análisis de la plausibilidad del relato; (ii) idoneidad de los hechos relatados para producir un embarazo; (iii) concordancia estimada entre la fecha de la violación relatada y la edad gestacional informada.⁸²

No divisamos tampoco, bajo esta causal, alguna concurrencia fáctica análoga a las situaciones de hecho que se necesitan para interponer la acción de *wrongful birth*. Es más, si se da el caso de que la mujer tiene un embarazo producto de una violación, y tal feto tiene alguna de las enfermedades consideradas incompatibles con la vida, a pesar de que transcurran los plazos establecidos por la ley para poder abortar bajo la causal de violación, siempre tendrá, en última instancia, la opción de interrumpir su embarazo bajo la causal N° 2 del inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario.

En conclusión, solo la segunda causal estudiada es la que nos permite situarnos frente a situaciones similares a las que se requieren para poder interponer la reclamación de *wrongful birth*, por lo que, en las páginas siguientes, nuestro trabajo se avocará a poder dar respuesta a diversas interrogantes que surgen por la aplicación del estatuto de responsabilidad civil médica a las proposiciones de hecho que hemos determinado anteriormente.

⁸² Norma Técnica Nacional. Op. cit., p. 86.

III) EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA COMO SOLUCIÓN A LA NEGLIGENTE APLICACIÓN DE LA LEY 21.030

Es evidente que el contexto en el que se sitúan las diversas hipótesis fácticas planteadas con anterioridad, y en general todo lo que respecta a la interrupción voluntaria de un embarazo, deben ser tratadas bajo el alero de la responsabilidad médica. La participación de diferentes profesionales del área de la salud, prestadores de servicios sanitarios, instrumentos de evaluación médica, exámenes médicos, etcétera, claramente permiten configurar actos jurídicos que se relacionan íntimamente con la prestación de servicios de salud, particularmente en este caso, aquellos relacionados con la obstetricia y la ginecología,⁸³ ámbitos de la medicina que se encargan de estudiar, entre muchas otras cosas, el desarrollo del embarazo de una mujer y las enfermedades relacionadas con su sistema reproductivo.

Además, la misma sentencia del Tribunal Constitucional, al momento de descartar cualquier existencia de un derecho a abortar en Chile (considerando centésimo tercero), habla en todo momento, y precisamente analizando la constitucionalidad del aborto por inviabilidad fetal, del aseguramiento de una prestación médica:

*“Las prestaciones médicas que se derivan de la interrupción del embarazo, en las causales de justificación que se despenalizan, son inherentes e indispensables, no puede entenderse aquella sin una política de salud o sanitaria en esta situación por parte del Estado. Su omisión haría incurrir al Estado en responsabilidad por falta de servicio”.*⁸⁴

En los siguientes apartados, daremos algunas respuestas a típicos problemas que se discuten dentro de la doctrina sobre responsabilidad civil médica y los aplicaremos a las situaciones de hecho que en el Capítulo II hemos determinado. Tales problemas dicen relación sobre la fuente de la responsabilidad civil médica (contractual o extracontractual),⁸⁵ los legitimados

⁸³ En especial la obstetricia, que es definida como “aquella parte de la medicina que trata la gestación, el parto y el puerperio”. En CARVAJAL, Jorge; RALPH, Constanza (2017). Manual de Obstetricia y Ginecología. VII Edición, Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, p.8.

⁸⁴ Tribunal Constitucional de Chile, 28 agosto 2017, Rol N° 3729 (3751) -17, pp. 114 – 115.

⁸⁵ La falta de servicio, a pesar de ser mencionado más adelante, no será objeto de una acabada investigación por exceder al propósito de este trabajo.

pasivos de la tal acción (el médico, el prestador de salud, o ambos en conjunto), qué daños deben ser indemnizados, la carga de la prueba en un juicio de responsabilidad y la importancia que tiene la existencia o no de un estándar específico para efectos de la actuación del galeno. El análisis de estos se dará, primeramente, en un aspecto general, describiendo las diversas posturas que existen. Luego, justificaremos la toma de una postura para cada hipótesis fáctica planteada.

III.1. Fuente de la responsabilidad civil médica y legitimado pasivo

No es novedad que ha existido durante estas últimas décadas un incremento importante en las demandas relacionadas el ámbito de la medicina.⁸⁶ Las razones de este aumento tienen su base en una serie de factores como lo son la pérdida de la inmunidad histórica de la cual gozaban los médicos, la despersonalización de la relación entre médico – paciente debido a la alta demanda de servicios médicos, una menor tolerancia a los riesgos de la vida entre las personas,⁸⁷ los avances en la medicina, e incluso, se ha llegado a sostener que este aumento se debe también a la codicia de los abogados que cada vez plantean demandas más absurdas o incongruentes.⁸⁸

Dada la diversidad de agentes que intervienen dentro de la prestación de un servicio médico, es que nos regiremos por la clásica distinción que se hace en esta materia, a saber, la responsabilidad civil del médico y la responsabilidad civil de clínicas y hospitales. Dentro de esta última, debemos diferenciar, a su vez, entre las instituciones privadas y las públicas.

Respecto a la responsabilidad civil del médico, existe cierto consenso en que esta tiene un carácter contractual, es decir, la relación jurídica que se da entre el médico y el paciente está antecedida por un contrato. Así, la responsabilidad civil en que incurre un facultativo

⁸⁶ Para cifras más certeras junto con un análisis de estas, ver MIRANDA, Francisco (2015). Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración. En: Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, N° 7, pp. 79 – 102.

⁸⁷ GARCÍA, Juan Carlos (2010). Responsabilidad civil de los médicos. En: Derecho y Cambio Social, Año 7, N° 21, pp. 2 – 3.

⁸⁸ TAPIA, Mauricio (2006). Op. cit., p. 2.

en caso del incumplimiento doloso o culpable de las obligaciones que se derivan del contrato médico es de naturaleza contractual,⁸⁹ con ciertas peculiaridades respecto, principalmente, a su contenido.

Respecto a esto último, actualmente, gracias a la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, el contenido del contrato médico queda determinado en ciertos aspectos por el legislador mediante la incorporación de ciertos deberes específicos a cargo del médico y, por la obligación de sujetarse en todo momento a la *lex artis*.⁹⁰ Los primeros, se encuentran en el Título II de la mencionada ley, denominado “Derechos de las personas en su atención de salud”, entre los que destacamos el deber de seguridad en la atención de salud (artículo 4), el deber de un trato digno a los pacientes (artículo 5) y el deber de información (artículos 8, 9, 10 y 11).

En lo que se refiere a la *lex artis*, esta ha sido definida por la jurisprudencia como “el conjunto de prácticas y reglas técnicas que deben observarse en el desarrollo de la actividad curativa, que regula su forma, circunstancia y precauciones que deben adoptarse en sus distintas etapas, sea en su examen, diagnóstico, pronóstico y aplicación de un tratamiento o terapia, a fin de reducir los riesgos”.⁹¹ De esta manera, y junto a lo dicho en el párrafo anterior, el médico será responsable civilmente si es que incumple los deberes impuestos por la ley o si su conducta no es conforme a la *lex artis*, incurriendo en una mala praxis médica.⁹²

⁸⁹ COURT, Eduardo (1998). Responsabilidad civil médica. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XIX, p. 277. En el mismo sentido, VIDAL, Álvaro (2003). La responsabilidad civil del profesional médico. En: Revista de Derecho, N°8, p. 2.

⁹⁰ PIZARRO, Carlos (2014). El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 4, N°3, p. 830.

⁹¹ Corte Suprema, 10 julio 2017, Rol N° 9694 – 2012. En el mismo sentido, Corte Suprema, 28 enero 2011, Rol N° 5849 – 2009; Corte Suprema, 5 junio 2013, Rol N° 5883 – 2012.

⁹² La mala praxis hace referencia a la “conducta de un profesional, o de cualquier otro sujeto que realice como medio de vida una actividad determinada, regida por reglas técnicas de cierta objetividad científica, cuando ese sujeto se aparta de tales principios”. RABINOVICH, Ricardo (1999). Responsabilidad del médico. Aspectos civiles, penales y procesales. Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 99.

Así las cosas, la responsabilidad del médico se configurará cuando este realice determinada actuación de manera culposa. Tal culpa se puede presentar de diversas formas, concurriendo en culpa por ignorancia (el médico desconoce la técnica adecuada), por negligencia u omisión (no actúa conforme a la forma en que debió actuar), por imprudencia (actuando apartadamente del estándar exigible) o infraccional (contraviniendo un deber impuesto por la ley).⁹³

Además, debemos tener en consideración que por regla general las obligaciones del médico son de medios, esto es, aquellas que dan lugar deberes de prudencia y diligencia, pues lo que usualmente se exige al profesional sanitario es el empleo del cuidado debido para conseguir el fin propuesto, sin importar la consecución o no de tal meta.⁹⁴ Por excepción serán obligaciones de resultado, cuando conforme a los estándares de la medicina el paciente tenga derecho a esperar derechamente el resultado perseguido,⁹⁵ siendo ejemplos de esta la obligación de entrega información y de un correcto resultado de ciertos exámenes médicos.⁹⁶ La referencia a esta clasificación tiene su explicación en el hecho de que aquella nos permite identificar de manera más concreta a qué están obligados los médicos, escapando de la clásica distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer.

La primacía del régimen contractual no solo se debe a la expulsión de la cuestión civil dentro del reformado proceso penal, “a la consolidación de la apertura a la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual en la jurisprudencia nacional, sino todavía a la posición frágil de la jurisprudencia en relación con la opción de regímenes de responsabilidad en la hipótesis de concurrencia de responsabilidad civil”.⁹⁷ A pesar de lo anterior, se ha constatado en nuestra jurisprudencia que los casos de responsabilidad civil médica se han resuelto de manera preferente con las reglas del régimen extracontractual,

⁹³ PIZARRO, Carlos (2008). Responsabilidad profesional médica: diagnósticos y perspectivas. En: Revista Médica de Chile, Vol. 136, N° 4, p. 541.

⁹⁴ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 658.

⁹⁵ Ibid., p. 662.

⁹⁶ TAPIA, Mauricio (2006). Op. cit., pp. 7 – 8.

⁹⁷ PIZARRO, Carlos (2018). La responsabilidad médica. Editorial Ibáñez, Bogotá, p. 27. La postura contractual también se refleja en otros países, como Argentina, en donde esta posición es mayoritaria. Ver PREVOT, Juan Manuel (2008). Responsabilidad civil de los médicos. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 50.

concluyéndose, en términos prácticos, una relativa indiferencia en cuanto a las reglas aplicables en estas situaciones.⁹⁸

En cuanto a la responsabilidad de clínicas u hospitales privados, se ha dicho que tal responsabilidad debe regirse por el régimen de responsabilidad extracontractual, pudiendo tener su fundamento bajo tres teorías, a saber, la responsabilidad por culpa *in eligendo vel vigilando*, la responsabilidad vicaria y la responsabilidad por riesgo de empresa.⁹⁹ Eso si, el esquema fáctico en que se funda la anterior postura, dice relación con los problemas que se generan en dos tipos de situaciones: la primera, respecto a la relación entre el hospital y el médico, y la segunda, la relación entre el hospital y el paciente.¹⁰⁰

Se ha argumentado también que la responsabilidad de hospitales y clínicas está sujeta a las reglas de responsabilidad patrimonial aplicables a todo tipo de relación que tenga con el paciente, pudiendo identificarse un fundamento contractual o extracontractual, dependiendo si se puede dar por establecida algún tipo de convención, o si la recepción del paciente se produce de acuerdo a las obligaciones generales de servicio público o de cualquier otro modo que excluya algún tipo de relación contractual directa entre el prestador de servicios sanitarios y el paciente.¹⁰¹ De esta manera, se establece una clara demarcación entre la responsabilidad contractual y extracontractual de las instituciones de salud.

La anterior posición, tiene ciertas críticas, particularmente en el sentido de calificar una relación puramente contractual o extracontractual. Respecto a la primera, “la posible existencia de cláusulas limitativas de responsabilidad, o directamente eximentes, en beneficio de los establecimientos que manejan un negocio económico y jurídicamente organizado y rentable es otro inconveniente para considerar la responsabilidad sanitaria como contractual. Pese a que, por lo general, estas estipulaciones sean declaradas nulas, no puede dejar de reconocerse que es probable que algunos establecimientos de salud las incluyan en su papelería de modo de incorporar en los pacientes un concepto disuasivo a

⁹⁸ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 669; TAPIA, Mauricio (2006). Op. cit., p. 4.

⁹⁹ ZELAYA, Pedro (1997). Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales). En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, N°2, pp. 64 – 70.

¹⁰⁰ ZELAYA, Pedro (1997). Op. cit., pp. 49 – 50.

¹⁰¹ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., pp. 688 – 690.

priori sobre el ejercicio de acciones judiciales (...) No parece humanamente aceptable ni de sentido común calificar un hecho complejo y dañoso que atenta contra la vida o la salud de las personas como una mera infracción convencional. Debe reconocerse que existe previamente, a nivel social e institucional, un deber del establecimiento de velar por la salud de las personas que se cobijan en su seno, y no se trata, entonces, de un mero negocio jurídico ni de un incumplimiento contractual”.¹⁰²

Respecto a la concepción puramente extracontractual de la responsabilidad civil sanitaria institucional, los problemas se presentan principalmente en la configuración de esta responsabilidad, ya que es difícil establecer el cuándo, el cómo, el por qué, y en qué situaciones y medida debe responder el prestador institucional de servicios sanitarios.¹⁰³

De todas formas, existe consenso en que el elemento de imputación de responsabilidad a las clínicas y hospitales privados es la culpa, la que en principio deber ser probada por el paciente, salvo en los casos en que se pueda construir una presunción de culpa por el hecho propio o ajeno, y se trate de un caso de culpa infraccional.¹⁰⁴

Con relación a las instituciones u hospitales públicos de salud, la diferencia más destacable dice relación con que estos prestadores de servicios de salud responden por la denominada “falta de servicio”.¹⁰⁵ Esta encuentra su fundamento, primeramente, en la Ley N° 19.966 que establece un régimen de garantías en salud, que en su artículo 38 inciso primero expresa lo siguiente:

“Artículo 38. Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

¹⁰² TOCORNAL, Josefina (2014). La responsabilidad civil de las clínicas y hospitales. Thomson Reuters, Santiago, p. 125.

¹⁰³ TOCORNAL, Josefina (2014). Op. cit., p. 127.

¹⁰⁴ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., 688; PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., pp. 134 – 146. Este último hace una clara diferenciación entre la responsabilidad directa de las clínicas y la responsabilidad de la clínica por el hecho de otro.

¹⁰⁵ No en todas las naciones es así. Por ejemplo, en España, la jurisprudencia aplica un sistema de responsabilidad objetiva, aunque estos últimos años matizado al apreciarse la infracción a la *lex artis* para determinar la antijuricidad o causalidad. Ver BELLO, Domingo (2015). La responsabilidad médica en el Derecho Español. Editorial Temis, Bogotá, pp. 120 – 123.

Se ha establecido que la falta de servicio “se produce cuando los órganos o agentes estatales no actúan debiendo hacerlo, o cuando su accionar es tardío o defectuoso, provocando, en uno u otro caso, o en concurrencia total o parcial, un daño a los usuarios o beneficiarios del respectivo servicio público”.¹⁰⁶

A continuación, y teniendo un panorama general en cuanto a los legitimados pasivos y la fuente de responsabilidad en la prestación de servicios médicos, pasaremos a analizar desde estos primas cada hipótesis fáctica planteada en el Capítulo II. Junto con lo anterior, identificaremos de manera más concreta la acción culpable que opera en las situaciones ya enunciadas anteriormente.

(I) Aquella situación en donde el médico y/o el laboratorio a cargo de los exámenes prenatales no detectan la enfermedad, se equivocan en la toma de muestras o lisa y llanamente no realizan el examen, y el feto muere de manera espontánea dentro del vientre de la madre o a las pocas horas o días de haber nacido.

En esta situación, cuando hablamos del médico, nos referimos a aquel profesional sanitario encargado de realizar el examen pertinente y quien, además, confecciona un informe con los resultados de tal prueba. En este caso, la falencia que podemos apreciar se da ya sea porque el médico no realizó una adecuada interpretación de los exámenes, existe un error en la toma de muestras,¹⁰⁷ no se realiza el examen pertinente por diversas circunstancias o porque los instrumentos que el centro médico tenía no estaban en las condiciones óptimas para poder arrojar un resultado certero respecto al estado del feto.

¹⁰⁶ CÁRDENAS, Hugo; MORENO, Jaime (2011). Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio. Thomson Reuters, Santiago, p. 81. En el mismo sentido, PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., p. 164. La jurisprudencia ha sido la que más se ha pronunciado y moldeado este concepto, por ejemplo, Corte Suprema, 8 abril 2013, Rol N° 4233 – 2012; Corte Suprema, 30 julio 2012, Rol N° 355 – 2010.

¹⁰⁷ La Norma Técnica Nacional mencionada con anterioridad, en su Anexo N° 4 denominado “Diagnósticos ecográficos”, da una serie de recomendaciones para una interpretación adecuada de los exámenes por parte del médico. Incluso, tiene una serie de imágenes que especifican cuando una toma de muestras es correcta o incorrecta.

En estos casos existe una clara relación contractual. La mujer asiste a determinado centro médico a realizarse los exámenes, celebrando un contrato médico con la institución correspondiente. La paciente paga un precio por una prestación médica, que es la realización de ciertos exámenes para detectar la presencia o no de alguna enfermedad o malformación que sea de tal gravedad, que le de la posibilidad de interrumpir voluntariamente su embarazo. Siendo así las cosas, el régimen bajo el cual se debe perseguir la responsabilidad tanto del médico como del centro de salud, es el contractual.

Pertinente para esta hipótesis fáctica es mostrar las estadísticas que se refieren a la ocurrencia de casos y a la detección de graves malformaciones en el feto, las que nos proporcionarán importantes insumos que nos permitirán llegar a ciertas conclusiones:

Estimación de casos ACMPV sobre Recién Nacidos Vivos		
Malformación	Prevalencia	Casos/año
Anencefalia	1:1.000	250
Holoprocencefalia	1:16.000	15
Atresia laríngea	Desconocida	1
Pentalogía Cantrell	1:67.000	4
Secuencia tallo corporal	1:14.000	18
Agnesia renal bilateral	1:10.000	25
Riñones multiquísticos	1:10.000	25
Riñones poliquísticos	1:50.000	5
Displasias esqueléticas tanatofórica	1:10.000	25
Osteogénesis imperfecta severa	1:60.000	4
Trisomía 18*	1:2.200	113
Trisomía 13*	1:6.900	36
Gemelos acárdicos	1:100.000	2
Otras (triploidía, trisomía 9, etc.)	<1:100.000	1
TOTAL		524

*Elaboración en base a prevalencias estandarizadas en 12 semanas de gestación en población con edad materna promedio de 25 años.

Esta tabla se encuentra en el documento del Ministerio de Salud denominado Orientaciones Técnicas: Acogida y acompañamiento psicosocial en el marco de la Ley 21.030, que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales,¹⁰⁸ y muestra una serie

¹⁰⁸ Orientaciones Técnicas: Acogida y acompañamiento psicosocial en el marco de la Ley 21.030, que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Ministerio de Salud, 2018, p. 43 <

de enfermedades, sin ser una lista de carácter taxativo, que satisfacen el requerimiento de la segunda causal contemplada en la mencionada ley. La sigla ACPV significa “Anomalías Congénitas de Mal Pronóstico Vital”.

Como se puede apreciar, los casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, en todo caso de carácter letal, son muy poco frecuentes, lo que confirma que esta causal tiene un ámbito de aplicación bastante restringido.

Respecto a la tasa de detección de anomalías congénitas, importante es considerar las siguientes dos estadísticas:¹⁰⁹

Tabla N° 3. Tasa de detección global de anomalías congénitas en fetos euploides en ecografía 11+0-a 13+6 semanas y sensibilidad en el sub-grupo de anomalías congénitas con mal pronóstico vital

Malformación	Publicaciones internacionales (n=118.110 17 artículos)	HCUCH – HSBA (n=9.910)
Acránea/anencefalia	60/61 (98,4%)	14/14 (100%)
Encefalocele	2/2 (100%)	4/4 (100%)
Holoprosencefalia alobar	2/2 (100%)	7/7 (100%)
Hernia diafragmática	4/12 (33,3%)	0/5 (0%)
Ectopia Cordis	1/1 (100%)	4/4 (100%)
Onfalocele	60/60 (100%)	15/16 (93,6%)
Megavejiga	29/29 (100%)	10/10 (100%)
Agnesia renal bilateral	2/8 (25,0%)	-
Riñón multiquístico bilateral	0/3 (0%)	0/3
Riñón poliquístico	2/6 (33,3%)	0/3 (0%)
Displasia esquelética letal	6/10 (60%)	0/6 (0%)
Tallo corporal	10/10 (100%)	3/3 (100%)
TOTAL	933/2.147 (43,4%)	90/210 (42,9%)

Publicaciones internacionales (37,38)

HCUCH – HSBA, Hospital Clínica Universidad de Chile y Hospital San Borja Arriarán 2000 – 2016 (39).

<https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/03/OT-Acompañamiento-Psicossocial-IVE-Resolución-Exenta-401.pdf> [consulta en línea: 17 diciembre 2018].

¹⁰⁹ Norma Técnica Nacional. Op. cit., pp. 69 – 70. Los números a los que se hace referencia en las Tablas N° 3 y 5 (37, 38 y 39) corresponden a los estudios que se utilizaron para poder confeccionar tal estadística, los cuales están citados en las referencias de la Norma Técnica (capítulo IX). La publicación internacional 37 es del año 2011, mientras que la 38 es del año 2013. La 39 por su parte, y tal como se especifica en la tabla, comprende los estudios realizados durante los períodos 2000 – 2016, siendo publicados los resultados el año 2017.

Tabla N°5. Tasa de detección de anomalías incompatibles con la vida entre 20+0 a 22+6 semanas

Malformación	FMF (n=45.016)	HCUCH (n=5.707)
Anencefalia	29/29 (100%)	5/5 (100%)
Encefalocele	-	1/1 (100%)
Holoprosencefalia alobar	2/2 (100%)	3/3 (100%)
Hernia diafragmática	8/8 (100%)	5/6 (83,3%)
Onfalocele	60/60 (100%)	1/1 (100%)
Megavejiga	29/29 (100%)	3/3 (100%)
Agenesia renal bilateral	1/1 (100%)	-
Riñón multiquístico bilateral	3/3 (100%)	1/1 (100%)
Riñón poli-quístico	6/6 (100%)	2/2 (100%)
Displasia esquelética letal	6/6 (100%)	2/2 (100%)
Tallo corporal	5/5 (100%)	4/4 (100%)

FMF, Fetal Medicine Foundation; HCUCH, Hospital Clínico Universidad de Chile (37); caso/total y %.

Los datos anteriormente mostrados dan cuenta de que la detección de varias enfermedades o malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, en todo caso de carácter letal, durante el desarrollo del embarazo, particularmente en el segundo trimestre, es prácticamente del 100%. Así, es totalmente razonable entender que la obligación tanto de los médicos como del centro hospitalario público o privado es de resultado, y que el eventual margen de falibilidad de los resultados es posible contemplarlo como un eximente de responsabilidad basado en el caso fortuito o fuerza mayor.¹¹⁰

Por otra parte, pueden existir enfermedades u malformaciones del feto que la ciencia en general no ha logrado identificar ya sea porque aún se desconoce su existencia o porque los instrumentos necesarios para poder detectar nuevas enfermedades no han sido desarrollados a cabalidad. Lo anterior, demuestra que la medicina es una rama del saber, al igual que todas las otras, que está en constante desarrollo y progreso.

En razón de lo dicho anteriormente, las obligaciones de resultado tienen su configuración gracias a la certeza y ausencia de riesgos imprevisibles que la medicina ha logrado

¹¹⁰ PREVOT, Juan Manuel (2008). Op. cit., p. 416. En el mismo sentido PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., p. 118.

desarrollar, particularmente en este caso, respecto a la detección de enfermedades prenatales. Por lo tanto, mientras algunas enfermedades no tengan una alta efectividad de detección o simplemente el avance de la medicina no las haya logrado descubrir, la obligación del galeno o del centro de salud ya no será de resultado, sino que de medios, es decir, se debe evaluar si la conducta de estas personas se ajusta o no a los estándares de revisión de enfermedades que la ciencia ha desarrollado actualmente.¹¹¹

En resumidas cuentas, si la anomalía congénita tiene un alto porcentaje de detección, y teniendo en cuenta las cifras y datos tanto de las Orientaciones Técnicas como la Norma Técnica Nacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo, la obligación tanto del centro médico como del médico será de resultado. Si es que no se detecta tal enfermedad, todos los anteriormente señalados son responsables, debiendo la mujer o los progenitores simplemente demostrar que no se detectó tal malformación.

En cambio, si la enfermedad congénita no tiene una elevada tasa de detección o es de aquellas enfermedades que la medicina aún no ha logrado descubrir, la obligación de las personas mencionadas será de medios, debiendo enjuiciarse si es que siguieron los estándares de seguimiento de embarazo necesarias para poder detectar cualquier anomalía en general.

La responsabilidad de las clínicas o centros de salud privados, en este caso, puede tener como base los dos regímenes típicos de responsabilidad. La primera, bajo el fundamento de la responsabilidad extracontractual, en donde se aplica la presunción de responsabilidad de la empresa por el hecho de su dependiente (arts. 2320 y 2322 Código Civil). La configuración de esta implica un responsable directo del daño causado (el médico), un vínculo de cuidado entre ese agente y el tercero civilmente responsable (generalmente será un contrato de trabajo), que sería la clínica privada y, que esta no logre acreditar la inevitabilidad del daño.¹¹² Además, se agrega el hecho de que tal daño debe ser provocado dentro del ámbito de dependencia o del ejercicio de las funciones del dependiente.¹¹³

¹¹¹ RABINOVICH, Ricardo (1999). Op. cit., p. 111.

¹¹² PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., p. 144.

¹¹³ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 185.

La segunda, y siguiendo también al profesor PIZARRO WILSON, tiene su origen en una responsabilidad contractual y directa por parte de la clínica o centro privado de salud. Aquella se da por una falta o culpa en la organización, que supone que la conducta la empresa, valorada como un proceso, infringe inequívocamente un deber de cuidado, aunque no sea posible determinar qué elemento concreto de ese proceso fue determinante en la ocurrencia del daño. En esta, no se necesita la localización del agente específico que generó el daño.¹¹⁴

Del planteamiento general antes descrito, podemos vislumbrar ciertas situaciones específicas y relevantes, que suelen ocurrir con frecuencia, donde es necesario poder determinar correctamente el régimen de responsabilidad y el legitimado pasivo, entre las que se encuentran:

- a) El médico, dependiente de la institución que realizar los respectivos exámenes, realiza una incorrecta interpretación de los exámenes prenatales.

En este caso, lo usual es que la mujer concurra a la institución y celebre un contrato con esta para obtener la prestación médica. De esta forma, es perfectamente posible configurar la presunción de responsabilidad de la clínica por el hecho de su dependiente. En este caso, el paciente no celebra un contrato con el médico, sino que este actúa y ejecuta las obligaciones suscritas por la clínica, en virtud de la relación laboral o de otra especie, servicios, por ejemplo, que lo vincula con la institución de salud. La clínica introduce voluntariamente un determinado personal para la ejecución de sus obligaciones contractuales que han sido acordadas por el paciente, siendo esta la razón por la cual debe responder por los actos u omisiones del médico.¹¹⁵

Concurriendo los requisitos de presunción de responsabilidad del hecho del dependiente, la única posibilidad de defensa que tiene la clínica es arguyendo que tomó todas las

¹¹⁴ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 196.

¹¹⁵ PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., p. 148.

preocupaciones de un empresario diligente, y que, a pesar de aquello, no le fue posible evitar el hecho dañoso. La diligencia mencionada, se refiere principalmente al riesgo comprometido en la selección, entrenamiento y supervisión, en este caso, del médico responsable.¹¹⁶

En estos casos, se presentan dos tipos de responsabilidades: una directa, que es la del dependiente, y otra presumida, que es la del empresario. Dicho esto, la pregunta pertinente en este caso es la siguiente: ¿cómo es que responden estas dos personas?

Lo primero que debemos tener en consideración, es que estamos en presencia de dos responsabilidades autónomas, no existiendo, en principio, y según lo dispone el art. 2317 del Código Civil, solidaridad. Sin embargo, la doctrina ha enfatizado que de todas maneras es aplicable la solidaridad en este caso,¹¹⁷ pudiendo la víctima demandar a cualquiera de los dos sujetos. De todas formas, en la práctica, será mucho más conveniente para la víctima demandar a la institución de salud en lugar del médico, dado a la mayor solvencia patrimonial que tiene la primera respecto del galeno.

b) La mujer encarga sus exámenes a un laboratorio o centro médico en específico, el cual no presentaba sus instalaciones en buenas condiciones de mantenimiento o funcionamiento.

En este caso, a pesar de que el médico haya realizado una correcta interpretación del resultado de los exámenes que dio el instrumento, o se hayan tomado correctamente las muestras por parte del laboratorio, si este último no estaba en buenas condiciones de mantenimiento o funcionamiento, solo la clínica será responsable de tal negligencia.

Claramente en esta situación se aprecia la aplicación del régimen contractual. La mujer, contrata directamente con el centro de salud una determinada prestación médico. De esta

¹¹⁶ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 190.

¹¹⁷ PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., pp. 161 – 164; BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 178. Este último autor, si bien no es tan tajante en aceptar la solidaridad en estos casos como el primero, hace mención a la posibilidad de que en estos casos se aplique la doctrina de las obligaciones *in solidum*.

forma, la víctima debe accionar directamente en contra de la institución, aplicándose todos los remedios que se estipulan en los arts. 1545 y siguientes del Código Civil. Particularmente, es posible invocar la denominada culpa organizacional, descrita en párrafos anteriores, dándose un reproche específicamente a las directrices del establecimiento, que se manifiestan en una infraestructura insuficiente, defectuosa o mal mantenida,¹¹⁸ que en este caso no permite detectar de manera adecuada y oportuna la anomalía congénita que presenta el feto.¹¹⁹

c) El centro médico en donde se atiende la paciente, y al cual solicita los exámenes, deriva la realización de estos a otro centro de salud.

En esta situación, también nos encontramos bajo el régimen de la responsabilidad contractual, debiendo la víctima accionar en contra del mismo centro médico. En este ámbito, el deudor es responsable por el hecho del tercero que participa en la ejecución de la obligación, que en este caso es la toma de los exámenes pertinentes, como si fuera un acto propio, sin que le resulte admisible la posibilidad de excusar su incumplimiento probando que personalmente actuó con diligencia.¹²⁰

Lo anterior, tiene su fundamento en el hecho de que gran parte de las relaciones contractuales patrimoniales no obligan a que el deudor realice o cumpla personalmente la prestación. Así, el deudor tiene completa libertad para poder hacer partícipe a terceros en la ejecución o cumplimiento del contrato, por lo que, correlativamente, asume el riesgo por el hecho de esos terceros como si fuera un acto propio. Y esa responsabilidad es independiente de la relación que el tercero tenga con el deudor, pudiendo ser su mandatario o subcontratista, entre otras figuras. Por ende, cualquiera que sea la relación que tenga, en este caso, la clínica con el centro médico al cual manda a realizar los exámenes, el hecho o culpa de este último hace responsable a la clínica. Todo este principio, está expresamente

¹¹⁸ PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., p. 137.

¹¹⁹ Puede ocurrir que, por algún motivo, se pueda identificar al agente directo del daño. En ese caso, y si es dependiente, se aplica lo dicho respecto a la responsabilidad del empresario por el hecho del dependiente.

¹²⁰ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p.168.

consagrado en nuestra legislación nacional, en específico, en el art. 1679 del Código Civil.¹²¹

En este caso, no es posible advertir, a diferencia de lo que ocurre en la situación a), algún supuesto de solidaridad, salvo que las partes lo hayan pactado.¹²² De esta manera, debemos ceñirnos a las reglas generales, por lo que ambas instituciones de salud deben responder en términos simplemente conjuntos.¹²³

En cuanto a la responsabilidad de los hospitales públicos, debemos aplicar la denominada falta de servicio, ya que se ha entendido que esta subsume, entre otras situaciones, el error en el diagnóstico (que implica tanto una incorrecta interpretación de sus resultados como un error en la toma de muestras por parte de los profesionales sanitarios), la falta de equipamientos en recinto hospitalarios y defectos en la infraestructura e instrumentos del centro médico público.¹²⁴ Además, la paciente puede interponer la acción civil en contra del recinto de salud público, sin necesidad de individualizar al médico, lo que no obsta, sin embargo, a que deba probar la falta de servicio del funcionario.¹²⁵

Muy importante también tener en cuenta, respecto a la responsabilidad directa de las clínicas privadas y a la falta de servicio de los hospitales públicos por deficiencias en infraestructura y equipamientos, es que el deber de estos centros de mantener un adecuado funcionamiento de sus instalaciones se encuentra consagrado en el Reglamento de

¹²¹ *Ibid.*, p. 985.

¹²² Debemos tener en cuenta que, conforme al art. 1511 del Código Civil, la solidaridad puede tener su fuente en la ley, el testamento o la convención.

¹²³ PIZARRO, Carlos (2018). *Op. cit.*, p.161. El profesor BARROS, hace mención a que las obligaciones médicas generalmente tienen un carácter indivisible, proponiendo que “la obligación reparatoria que sigue al incumplimiento de la obligación indivisible es *in solidum*, en razón de que el daño es atribuible al ilícito de cada uno de los distintos obligados. En consecuencia, en estas hipótesis de incumplimiento contractual no se muestra una diferencia esencial con la pluralidad de obligados en sede extracontractual: si el daño es atribuible al incumplimiento de obligaciones que por su naturaleza conforman una unidad indivisible se puede perseguir la responsabilidad contractual de cualquiera de los obligados, sin perjuicio de la acción *in rem verso* en contra de los demás, de conformidad con las reglas generales de las obligaciones restitutorias.” BARROS, Enrique (2010). *Op. cit.*, p. 991.

¹²⁴ CÁRDENAS, Hugo; MORENO, Jaime (2011). *Op. cit.*, pp. 90 – 92; pp. 139 – 144.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 177. De todas formas, se debe tener presente que esto también puede realizarse en la responsabilidad civil extracontractual, a través de las figuras de la culpa en la organización y culpa difusa.

Hospitales y Clínicas (Decreto N° 161/82), que en su artículo 19 inciso primero expresa lo que sigue:

ARTICULO 19.- El Director será responsable de todos los aspectos técnicos de la gestión del establecimiento y deberá velar por el adecuado funcionamiento de los equipos, instrumentos e instalaciones necesarias para la correcta atención de los pacientes, así como por la observancia de las normas y procedimientos respectivos, por parte de la dotación del establecimiento.

Es más, el mencionado Reglamento, en su artículo 34, se refiere particularmente a aquellos establecimientos de salud que presten atención gineco-obstétrica, obligándolos, además de ceñirse a ciertas disposiciones específicas, a cumplir las exigencias generales. Tal norma dice lo siguiente:

ARTICULO 34.- Estos establecimientos o servicios deberán cumplir las exigencias señaladas en las disposiciones generales de este reglamento y las que se contemplan en el presente título.

De esta manera, vemos como el correcto funcionamiento de las instalaciones e instrumentos médicos de los centros de salud, ya sean públicos o privados, tiene un reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, otorgando una base normativa a una eventual acción fundada en la infracción a uno de estos deberes que deben cumplir las instituciones sanitarias.¹²⁶

Por último, y respecto a los centros de salud públicos, es importante destacar el hecho de que la Administración pueda ejercer una acción de repetición en contra del funcionario público responsable, debiendo acreditarse la imprudencia temerario o dolosa por parte del médico,¹²⁷ lo que trae como conclusión que en los casos en que sea una mera negligencia

¹²⁶ Conforme a lo expuesto, estamos en presencia de un caso de culpa infraccional. Ver BARROS, Enrique (2010). Op. cit., pp. 97 – 103.

¹²⁷ Art. 38 Ley N° 19.966. “Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia

(como lo es el supuesto en el que nos situamos) no procede tal remedio a favor de la Administración.

En cuanto a las clínicas privadas, y en particular a su responsabilidad extracontractual, es plenamente aplicable lo dispuesto en los artículos 2317 y 2325 del Código Civil, configurándose así la posibilidad de que el tercero civilmente responsable pueda ejercer una acción de repetición en contra del dependiente si este es capaz y no ha actuado por orden de un tercero.¹²⁸ Así, la clínica responsable por los daños ocasionados por las situaciones que se mencionaron anteriormente, siempre bajo el supuesto de responsabilidad extracontractual, puede demandar al médico o al personal responsable por tales situaciones que ocasionaron perjuicios a la mujer o progenitores.

(II) El médico no toma las medidas necesarias para poder controlar o detectar este tipo de anomalías, dando como resultado la muerte del feto dentro del vientre materno o a las pocas horas o días de haber nacido.

En esta situación también se aplica el régimen de responsabilidad contractual. La mujer, en tanto controla el correcto desarrollo de su embarazo, tiene un vínculo contractual con el gineco-obstetra, quien debe velar por tomar todas las medidas necesarias para que el embarazo se desarrolle con normalidad, y más específicamente en este caso, debe realizar los diagnósticos y recomendaciones pertinentes a fin de que se detecte algún tipo de malformación o anomalía del feto.

En términos más generales, durante el transcurso del embarazo se deben llevar a cabo, de manera periódica, precoz y completa, una serie de estudios, análisis y exámenes médicos. Un adecuado control conlleva, precisamente, a la detección y al consecuente diagnóstico de

temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada”.

¹²⁸ PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., p. 163. En este mismo orden de ideas, el autor señala: “Si existe este derecho a repetir debe entenderse que el tercero puede quedar en situación de pagar por el dependiente, lo que es consistente con que pueda el demandante emplazar solo al tercero civilmente responsable, Ahora si puede ser responsable el tercero y luego repetir, eso solo cabe entenderlo bajo el supuesto de solidaridad”. De esta manera, se reconoce la solidaridad entre la clínica privada y su dependiente.

toda situación anormal.¹²⁹ Lo anterior constituye, en este caso específico, la verdadera *lex artis* que debe seguir el médico especialista. La ausencia de lo anterior conllevaría a la responsabilidad del médico debido a una mala *praxis* médica.

Sabiendo ya que el médico debe ceñirse, en términos generales, a la *lex artis*, en muchos casos esta pauta de conducta se dota de contenido gracias a diversos protocolos o descripciones¹³⁰ establecidas en documentos oficiales que obligan al galeno a desarrollar su labor de determinada manera.¹³¹ Es precisamente en esta área que el Ministerio de Salud ha desarrollado dos documentos muy importantes en nuestro objeto de estudio, a saber: el Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo (2008)¹³² y la Guía Perinatal (2015).¹³³

En la primera, por ejemplo, se describe las diversas acciones que se deben tomar en los controles que la mujer debe hacer a su embarazo, haciendo una descripción de los procedimientos que el médico debe realizar en cada uno de estos, especificando los objetivos y ciertas acciones específicas que se deben tomar.¹³⁴ El segundo documento mencionado, por su parte, también se refiere a lo que debe hacer el médico en el control antenatal. Además, los capítulos XVIII, XIX y XX se refieren exclusivamente a malformaciones o anomalías del feto, describiendo ciertas enfermedades junto a las medidas que se deben tomar para poder diagnosticarlas.¹³⁵

¹²⁹ PREVOT, Juan Manuel (2008). Op. cit., p. 414.

¹³⁰ PIZARRO, Carlos (2014). Op. cit., p. 836.

¹³¹ El profesor PREVOT los llama “protocolos médicos, también denominados algoritmos o guías para la práctica médica, responden a la cristalización escrita de criterios de prudencia, sin que constituyan verdades absolutas, universales, únicas y obligatorias en su cumplimiento, pero permiten habitualmente definir lo que se considera, en ese estado de la ciencia, práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta, fijando por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas, lo que equivale a codificar la *lex artis*.” En PREVOT, Juan Manuel (2008). Op. cit., p. 254.

¹³² Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo. Ministerio de Salud, 2008. <https://diprece.minsal.cl/wrdprss_minsal/wp-content/uploads/2015/10/2008_Manual-de-Atencion-personalizada-del-Proceso-reproductivo.pdf> [consulta en línea: 12 enero 2019]

¹³³ Guía Perinatal, Ministerio de Salud, 2015 <http://www.repositoriodigital.minsal.cl/bitstream/handle/2015/436/GUIA-PERINATAL_2015-PARA-PUBLICAR.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consulta en línea: 12 enero 2019]

¹³⁴ Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo. Ministerio de Salud, 2008. Op. cit., pp. 115 – 130.

¹³⁵ Guía Perinatal, Ministerio de Salud, 2015. Op. cit., pp. 27 – 39; pp. 242 – 275.

Lo fundamental de lo dicho en los párrafos precedentes, es que al médico especialista se le exige que realice determinadas conductas (*lex artis*) a fin de poder llevar un adecuado control del embarazo y eventualmente detectar alguna enfermedad que tenga el feto. De esta manera, la obligación del médico es de medios,¹³⁶ dado que debe procurar aplicar al caso todos los conocimientos médicos disponibles y existentes para que la mujer pueda llegar a tener un diagnóstico certero respecto al estado del feto.

No debemos confundir, por tanto, con la primera situación estudiada, ya que la culpa aquí se configura porque el médico no llevo a cabo un adecuado control del embarazo en circunstancias en las que, por ejemplo, por algún antecedente genético de los progenitores o alguna pequeña anomalía en las primeras ecografías, debió haber indicado la realización de ciertos exámenes o tratamientos que tengan la finalidad de corroborar el real estado del feto.

Por lo anterior, la culpa médica se configura debido a una infracción a la *lex artis*, debiéndose comparar lo que hizo el médico con lo que debió haber hecho.¹³⁷ Si existe alguna discordancia entre los dos puntos de comparación anterior, hablamos de que el médico es culpable y, por ende, responsable, siempre y cuando concurren los demás requisitos de la responsabilidad civil.

En este caso es plenamente aplicable lo dicho respecto a la responsabilidad extracontractual por el hecho de su dependiente de las clínicas privadas y la falta de servicio de los centros públicos de salud. En las primeras, las clínicas responden por la mala *praxis* ejercida por el médico,¹³⁸ mientras que en los últimos se presenta la misma dinámica, concretizándolo, por ejemplo, en alguna ligereza en la evaluación del paciente o la omisión de exámenes que provocan indicaciones erróneas.¹³⁹

¹³⁶ Es unánimemente reconocido el hecho de que las obligaciones del médico por regla general son de medios. Ver MONSALVE, Vladimir; NAVARRO, Daniela (2014). El consentimiento informado en la praxis médica. Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, Bogotá, p. 219; BELLO, Domingo (2015). Op. cit., pp. 30 – 37; TAPIA, Mauricio (2006). Op. cit., p. 5; BARROS, Enrique (2010). Op. cit., 658; PIZARRO, Carlos (2014). Op. cit., 838.

¹³⁷ PIZARRO, Carlos (2008). Op. cit., p. 541.

¹³⁸ Ibid., p. 158.

¹³⁹ CÁRDENAS, Hugo; MORENO, Jaime (2011). Op. cit., pp. 87 – 89.

(III) El médico deliberadamente decide no suministrar la información sobre el estado del feto después de realizado el examen, no informa sobre la necesidad de realizarse tal examen o no informa sobre el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, produciéndose la muerte del feto de manera espontánea dentro del vientre de la madre o a las pocas horas o días de nacer.

Los regímenes de responsabilidad que describimos en las hipótesis anteriores son plenamente aplicables a este caso. Por ende, en caso de que el médico no cumpla su deber de informar sobre el estado del feto, su responsabilidad debe subsumirse bajo las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual, dependiendo del caso.

El deber de informar, tal como lo hemos mencionado anteriormente, se encuentra reconocido en el Párrafo 4º de la Ley N° 20.584, que se aplica a todos los intervinientes dentro de una relación de salud, que en este caso sería los médicos y los centros de salud públicos y privados. Fundamental es el artículo 10 inciso primero de dicha norma que expresa lo que sigue:

Artículo 10.- 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.

Conforme a tal norma, el gineco-obstetra, sabiendo de la pertinencia de la realización de determinado examen para confirmar la presencia de alguna anomalía en el feto, o conociendo las condiciones éste, tiene la obligación de informar a la mujer sobre estas situaciones. Además, en caso de que se encuentre en la segunda causal que establece la Ley N° 21.030, el galeno debe informar a la mujer sobre la posibilidad de interrumpir

voluntariamente el embarazo.¹⁴⁰ Lo que si quedan dudas es con respecto a qué tipo de obligación esta, vale decir, si se configura como una obligación de medios o de resultado.

Respecto a la primera postura, se ha dicho que a pesar de que el deber de información implica que el médico entregue materialmente cierta información (juzgándole por un resultado), de todas maneras se debe determinar qué información debe suministrarse y de qué forma debe hacerlo, lo que implica comparar la conducta del profesional de la salud con un cierto estándar.¹⁴¹

En cuanto a la consideración de que el deber de informar constituye una obligación de resultados, debido a que la obligación a la que se somete el médico es en estricto rigor a una obligación de comunicar, en este caso, sobre el estado del feto, la pertinencia de cierto examen o sobre la posibilidad de la mujer de abortar, se puede considerar que tal deber es lisa y llanamente una obligación de hacer, ya que consiste en la realización de un acto. Es una conducta positiva, en la cual lo importante es el comportamiento comunicativo del médico y, por ende, de transmisión de información a la paciente. Y para ello, tal comunicación debe ser eficaz, es decir, debe suministrársele tal información a la mujer embarazada.¹⁴²

Consideramos que, en este supuesto fáctico, el deber de información es una obligación de resultados. Esto, porque lo que el gineco-obstetra simplemente hace es omitir determinada

¹⁴⁰ Es sabido por todos que nadie puede alegar el desconocimiento de la ley, vale decir, la ley se presume conocida por todas las personas (artículo 8 Código Civil). Sin embargo, en estos casos de aborto tan delicados y extremos, tenemos la firme convicción de que a la mujer sí o sí se le debe informar sobre la posibilidad de abortar. Lo anterior, incluso es recomendado por las Orientaciones Técnicas. Op. cit., p. 49.

¹⁴¹ DE LA MAZA, Iñigo (2010). Consentimiento informado, una visión panorámica. En: Revista Ius et Praxis, N° Año 16, N° 2, p. 7. En sentido similar, BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 685. “Para que la infracción a deberes de información dé lugar a responsabilidad civil se requiere que el daño sufrido por la víctima pueda ser atribuido causalmente a la omisión (...) Entretanto, basta advertir que un riesgo de la expansión de los deberes de información, sin consideración de su relevancia práctica en el desenlace médico del paciente, lleva a que esos deberes tengan el efecto de transformar en estricta, por un camino insospechado, una responsabilidad médica que está naturalmente sostenida en el principio de negligencia. Por lo mismo, debe entenderse que los deberes de información presentan analogía con las obligaciones contractuales de medios, pues están sujetos a una regla de razón, que exige ponderar las circunstancias del caso para su determinación en concreto”.

¹⁴² MONSALVE, Vladimir; NAVARRO, Daniela (2014). Op. cit., pp. 92 – 93. Calificando también el deber de información como una obligación de resultado, PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., p. 118; TAPIA, Mauricio (2006). Op. cit., p. 8.

información, vale decir, no realiza una cierta conducta. No estamos en el supuesto en que el médico dijo mal determinada información o no interpretó de manera adecuada los exámenes que diagnosticaban cierta anomalía del feto (que, en todo caso, tal como lo vimos, también constituye una obligación de resultado). Sencillamente nos encontramos en aquel supuesto en que el médico, por alguna razón, no da a conocer cuál es la condición de salud de la criatura que se encuentra en el vientre materno, qué examen se debe realizar para detectar alguna anomalía o, frente a la concurrencia de la segunda causal que establece la Ley N° 21.030, no informa sobre la opción de la mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo.

Respecto a la responsabilidad de los centros médicos, tanto públicos como privados, nos remitimos a lo establecido en el punto (i) de este apartado, ya que consideramos que no existen diferencias en su tratamiento. El único punto distinto, dice relación con la acción de repetición que tiene la Administración en contra del profesional sanitario, ya que como estamos en el supuesto de que el médico no quiere entregarle la información correspondiente a la mujer, tal acto puede considerarse como una imprudencia temeraria o dolosa¹⁴³ por parte del especialista médico, lo que daría paso para la procedencia de esta acción.

III.2. Daños indemnizables

En el siguiente apartado es innecesario hacer una distinción entre las diversas situaciones de hecho que establecimos en el Capítulo II del presente trabajo, ya que todas tienen, en términos generales, un sustrato común: la imposibilidad de la madre o progenitores¹⁴⁴ de

¹⁴³ No siendo el dolo objeto de este trabajo, consideramos preliminarmente que su inclusión dentro de un juicio de responsabilidad civil implica una carga bastante considerable con relación a la prueba de este. Y es que en los juicios civiles por regla general lo que impera son los casos de culpa (leve o levisima), siendo el dolo una conducta bastante poco usual en este tipo de litigios y bastante difícil de probar. Además, la presencia de dolo puede dar lugar eventualmente a una responsabilidad penal por parte del médico, cuestión que tampoco es objeto de esta tesis. Para saber más del punto mencionado, ver PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., pp. 189 y ss.

¹⁴⁴ Cuando hablamos de progenitores hacemos referencia a la concepción tradicional de familia, compuesta por la madre y el padre de la criatura. Lo anterior no obsta a que también puedan ser legitimados activos los familiares, amigos u otras personas que pertenezcan al círculo cercano e íntimo de los progenitores. Incluso, en esta categoría puede incluirse también a la pareja de la madre, dando a entender que esta puede tener una orientación sexual diversa a la heterosexual. En todo caso, todos aquellos que no sean la madre, deberán

saber a tiempo la anomalía fetal y consecuentemente, el sufrimiento físico o mental de los que son víctimas producto de la repentina noticia, la cual en todos los casos termina con la muerte del feto.

La actuación de los galenos y de las instituciones de salud es fundamental en el padecimiento del daño por parte de la mujer. La no detección a tiempo de esta grave enfermedad o malformación acrecentó las esperanzas de la mujer de tener un hijo sano, las que claramente se esfuman al momento del parto o al darse cuenta de que yace muerto. Tal aflicción, principalmente psicológica, debe ser resarcida por parte de aquellas personas que no actuaron de manera diligente en sus funciones médicas.

La anterior situación claramente se configura como un daño moral, ya que existe una patente aflicción mental o física (*pretium doloris*¹⁴⁵) por darse cuenta de manera repentina y sin aviso previo que su hijo tenía una enfermedad o malformación incompatible con la vida extrauterina, cuestión que provocó la muerte de la criatura.

El daño emergente, por su parte, se verifica en los gastos del parto (tanto en el caso de que el feto llegó al final del embarazo como aquel en donde muere dentro del vientre de la madre, ya que en esta última situación los médicos deben proceder a extraer el feto ya fallecido) y los gastos médicos generales que involucra el control del embarazo, ya que, de haberse detectado la malformación a tiempo, estos simplemente no se hubiesen efectuados, ocurriendo claramente una disminución en el patrimonio de los legitimados activos. Podríamos considerar también como daños patrimoniales los costos de terapias psicológicas, si es que la situación le causo un daño psíquico a la mujer.¹⁴⁶ Además, si lo

ceñirse obligatoriamente por las reglas de la responsabilidad extracontractual aduciendo, en términos generales, la concurrencia de un daño moral reflejo o perjuicio de afección. BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 349 – 365. En las siguientes páginas nos haremos cargo principalmente del daño de la mujer, haciendo escasas referencias al daño que pudieran sufrir las personas descritas anteriormente.

¹⁴⁵ Ibid., p. 291.

¹⁴⁶ Daño psíquico entendido como aquella “perturbación permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico (...) se configura mediante la alteración de la personalidad, es decir, una perturbación profunda del equilibrio regulado por el razonamiento, que guarda un adecuado nexo causal con el hecho dañoso”. En ISAZA, María Cristina (2018). De la cuantificación del daño. Manual teórico – práctico. Quinta edición, Editorial Temis, Bogotá, p.118.

anterior le impidió trabajar o en general desarrollar actividades pecuniarias, también correspondería indemnizar el lucro cesante.¹⁴⁷

(III) El médico deliberadamente decide no suministrar la información sobre el estado del feto después de realizado el examen, no informa sobre la necesidad de realizarse tal examen o no informa sobre el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, produciéndose la muerte del feto de manera espontánea dentro del vientre de la madre o a las pocas horas o días de nacer.

A pesar de lo dicho a comienzos de este apartado, por las razones que se darán a continuación, sostenemos que, a parte de la concurrencia de los daños anteriormente descritos, en esta hipótesis fáctica existe otra figura de perjuicio que genera la infracción al deber de información, a saber: la pérdida de una chance, más específicamente, la pérdida de una decisión.

El deber de información tiene su fundamento en el principio de autodeterminación del paciente, en la asimetría de información que existe entre el médico y el paciente,¹⁴⁸ en la dignidad humana (artículo 1 inciso primero Constitución Política de la República), en la integridad física y moral (artículo 19 N° 1 inciso primero Constitución Política de la República) y en la intimidad personal.¹⁴⁹ Además, internacionalmente tiene su reconocimiento en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948.¹⁵⁰ Así, comprobamos que nuestro ordenamiento jurídico reconoce el deber de información por parte de los médicos.

Ahora bien, es pertinente precisar por qué en las otras situaciones fácticas no se ve este tipo de daño. Y es que en las hipótesis (i) y (ii) no se tiene certeza sobre la condición del feto, por las circunstancias descritas en cada situación, por lo que malamente el médico podría

¹⁴⁷ PREVOT, Juan Manuel (2008). Op. cit., p. 84.

¹⁴⁸ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 683; DE LA MAZA, Iñigo (2010). Op. cit., pp. 90 – 91.

¹⁴⁹ MONSALVE, Vladimir; NAVARRO, Daniela (2014). Op. cit., pp. 61 – 71.

¹⁵⁰ Tal disposición reza lo siguiente: “Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

dar determinada información sobre el estado de salud. No se aprecia, en aquellos casos, un deber de informar, puesto que simplemente no se tiene una información exacta. En cambio, el supuesto (iii) implica un verdadero conocimiento por parte del médico de ciertas situaciones, pero estas no se les son informadas a la paciente por diversas circunstancias, cuestión que evidentemente vicia su consentimiento y se vislumbra una pérdida de decisión.

Debemos también tener en cuenta que en el campo de las relaciones sanitarias, el llamado daño por pérdida de oportunidad tiene dos campos de aplicación: el primero se relaciona con la pérdida de curación o de vida en la perspectiva de errores, retrasos en el diagnóstico y en el tratamiento y atención al paciente; el segundo se deriva de la falta de información y consentimiento informado del usuario de los servicios de salud, no importando si la práctica médica se ha tornado diligente y conforme a los protocolos médicos, pues no se necesita que en todos los casos se demuestre que un diligente acto médico hubiera impedido el daño, dado que en algunos casos bastará con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse o de evitar el riesgo que no fue informado.¹⁵¹

La pérdida de curación o de vida se aplica en aquellos casos en donde el paciente ya viene con algún tipo de infección o enfermedad, siendo el obrar negligente del médico el que priva al paciente de las probabilidades de curación o mejoría que tenía.¹⁵² En todas nuestras hipótesis la mujer en ningún momento tiene algún tipo de enfermedad, sino que es el feto quien presenta algún tipo de malformación o anomalía que le impedirá tener una vida independiente fuera del útero, hecho que permite a la mujer decidir si es que interrumpe su embarazo voluntariamente o no. No se vislumbra este tipo de perjuicio, puesto que el resultado, en todo caso, será el mismo: la muerte del feto ya sea dentro del vientre de la madre o a las pocas horas o días de haber nacido. No existe ningún tipo de enfermedad que se pueda curar, ya sea para la madre o para la criatura en gestación.

¹⁵¹ MONSALVE, Vladimir; NAVARRO, Daniela (2014). Op. cit. pp. 253 – 254.

¹⁵² PREVOT, Juan Manuel (2008). Op. cit., pp. 85 – 86.

Es por lo anterior que, frente a la infracción del deber de información por parte de los médicos, es que corresponde indemnizar la denominada pérdida de decisión.¹⁵³ Y es que la actuación de los legitimados pasivos en esta situación, impidió a la madre consentir de manera informada, ya que de habersele informado las diversas situaciones que se mencionan en esta hipótesis fáctica, esta podría haber optado por interrumpir o no voluntariamente su embarazo. Como esto no ocurre, la paciente cree firmemente que el feto no tiene ninguna anomalía o enfermedad y por ende nacerá sano, convicción que se desploma al darse cuenta de que su hijo murió dentro de su vientre o que al nacer este vivió apenas unas horas o un par de días.

De esta manera, con el reconocimiento del daño por pérdida de decisión, lo que se indemniza es precisamente la vulneración a la autodeterminación de un paciente al que se ha privado del derecho a decidir sobre su vida, su cuerpo y su salud, es decir, sobre sus bienes personalísimos, pues esta tipo pérdida de oportunidad no consiste en evitar el daño final, sino que constituye de por sí un daño moral autónomo que hay que indemnizar por atentar contras las garantías fundamentales del paciente.¹⁵⁴

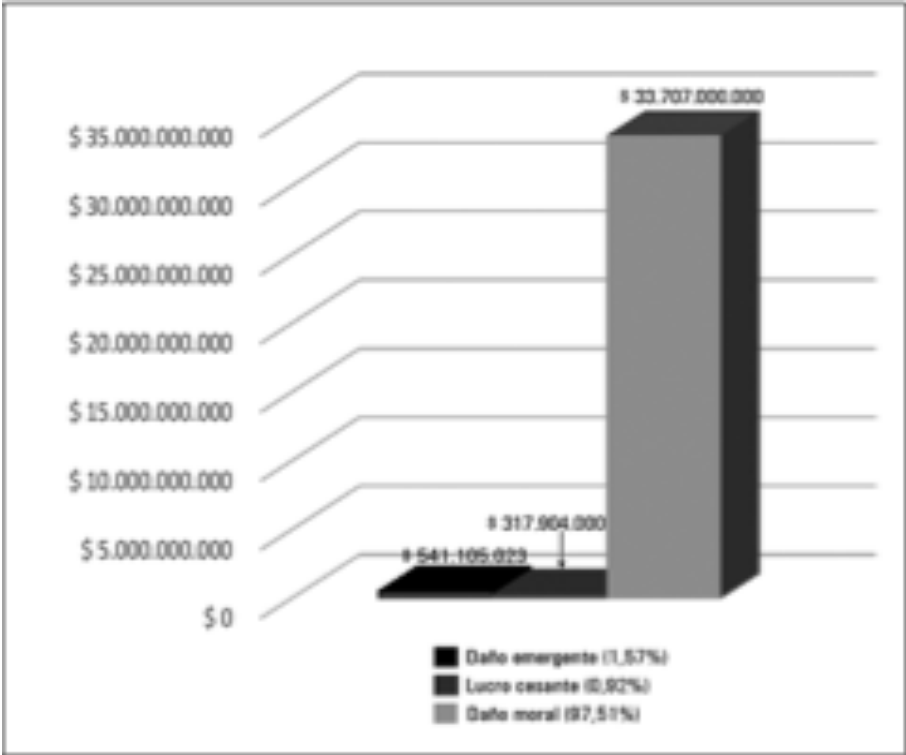
Somos conscientes, eso sí, de que es el daño moral (en todas las situaciones de hecho del presente trabajo) es el perjuicio que concentra la mayor parte de la cuantía dentro de un juicio de responsabilidad, siendo los daños patrimoniales una cuestión más bien accesoria (salvo que los gastos señalados en este apartado hayan sido de sumas importantes de dinero). Y es que esta ha sido la tendencia actual en cuanto a los montos pedidos por las víctimas en los casos de responsabilidad civil médica. A continuación, dos gráficos que confirman lo afirmado:¹⁵⁵

¹⁵³ MONSALVE, Vladimir; NAVARRO, Daniela (2014). Op. cit. pp. 253 – 278; PIZARRO, Carlos. Op. cit., p. 63. Este último habla en términos generales de la pérdida de una chance.

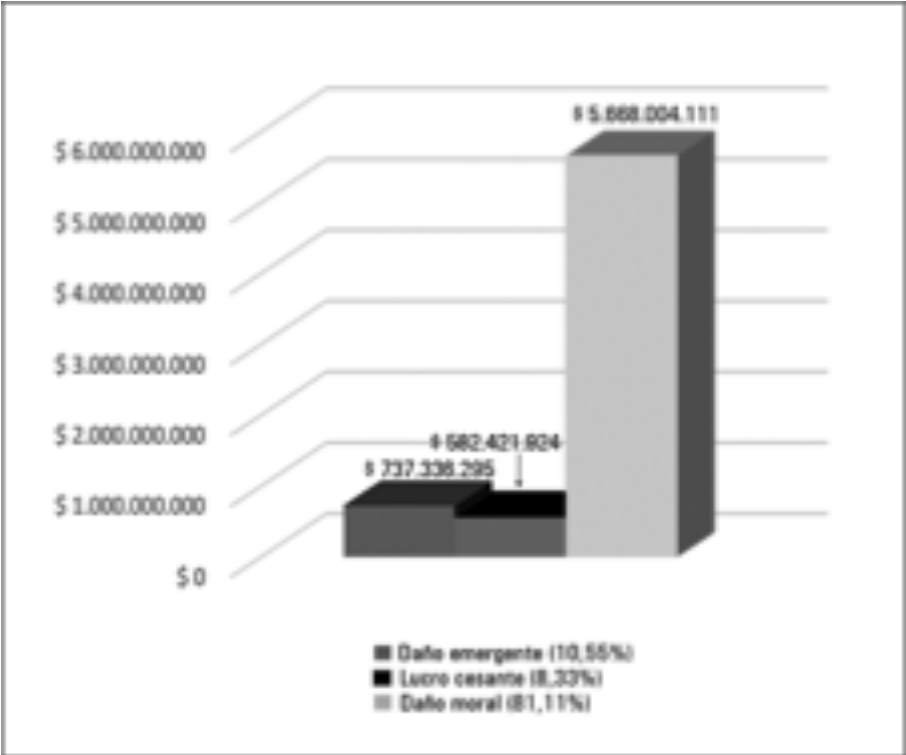
¹⁵⁴ MONSALVE, Vladimir; NAVARRO, Daniela (2014). Op. cit. p. 258. En similar sentido, se ha dicho que la omisión de la información “genera siempre de por sí un enorme daño moral, al afectar seriamente el derecho personalísimo del sujeto sobre su propio proyecto existencial, al impedirle replantearlo”. En: RABINOVICH, Ricardo (1999). Op. cit., p. 69.

¹⁵⁵ MIRANDA, Francisco (2015). Op. cit., p. 87. La muestra considera litigios resueltos por la Corte Suprema entre los años 2002 y 2011, tomando un total de 137 casos.

Sistema Público Total (\$ 34.566.009.023)



Sistema Privado Total (\$ 6.987.763.330)



Como se puede apreciar, el daño moral ocupa un lugar fundamental dentro de las demandas de responsabilidad civil médica. Y es que la inconmensurabilidad de este tipo de perjuicios, alienta a que las víctimas pidan cifras importantes de dinero, ante lo cual los jueces deben siempre optar por conceder indemnizaciones bajo una “razonable proporcionalidad”, cuestión que de por sí ya es difícil, puesto que la indemnización del daño moral dista de ceñirse a parámetros objetivos.¹⁵⁶

III.3. La carga de la prueba en la responsabilidad civil médica

En los siguientes párrafos, analizaremos la carga de la prueba dentro de un hipotético juicio de responsabilidad civil médica, haciendo una diferencia entre las situaciones de hecho que anteriormente hemos formulado. Tal análisis se realizará en base a la distinción entre obligaciones de medio y de resultados, siempre dentro del marco de una relación contractual. Luego, nos referiremos al ámbito extracontractual tanto el ámbito privado como público, para finalizar con una explicación sobre la importancia en esta materia de la existencia de protocolos que el médico especialista debe seguir para un correcto control de la preñez.

Antes de continuar, debemos tener en claro las diversas conclusiones a las que llegamos en el apartado III.1, a saber: en las situaciones de hecho *(i)*¹⁵⁷ y *(iii)* las obligaciones que tienen tanto el médico como los centros de salud son de resultado. En cambio, en la hipótesis fáctica *(ii)* la obligación es de medios.

Siendo las obligaciones de resultado, se ha reconocido que la carga de la prueba recaiga en el deudor, que en este caso resultaría ser el médico o la institución de sanitaria, debiendo el paciente solamente demostrar que no se consiguió el resultado prometido por la prestación

¹⁵⁶ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., pp. 288 – 289. Con todo, existen intentos de poder dar una cierta objetividad al momento de la valoración en general de los perjuicios extrapatrimoniales. Ver, ISAZA, María Cristina (2018). Op. cit., pp. 85 – 128.

¹⁵⁷ En esta generalmente serán de resultados, ya que debemos recordar aquellas enfermedades que los avances de la ciencia médica aún no permiten descubrirlas o simplemente no se han logrado conocer, ante lo cual concluimos que, frente a esas situaciones, la obligación será de medios.

médica. A este respecto, el profesor PEÑAILILLO, basándose en el artículo 1698 inciso 1° del Código Civil,¹⁵⁸ ha dicho: “En la obligación de resultado, si el acreedor alega que el resultado no se produjo (que el deudor incumplió) y el deudor alega que el resultado se produjo (que cumplió), es el deudor el que debe probar que el resultado se produjo, en los términos en los que se convino, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de obtener el resultado”.¹⁵⁹

Además, existen otras razones para que en las obligaciones de resultado la carga de la prueba recaiga solamente en los legitimados pasivos mencionados, ya que se trata de “prestaciones de un valor acotado, en donde hay una clara desproporción entre el riesgo que asume el paciente y los daños que puede padecer; porque el deudor debe controlar de tal modo el riesgo, que la experiencia enseña *prima facie* que el error se debe a la culpa del deudor; y por la regla probatoria de los hechos negativos, que autoriza decisiones como ésta: el paciente al afirmar haber sido víctima de una ‘mala praxis’, de una atención ‘defectuosa’ o una que califica como ‘no atención’, está aseverando un hecho negativo, correspondiendo inferir de esto que es el médico o facultativo el que deberá probar que sí empleó los medios idóneos a su alcance, para cumplir el cometido encargado”.¹⁶⁰

La mencionada conclusión no genera mayores problemas para, en general, los casos de responsabilidad civil médica. Es sabida la asimetría de conocimientos e información que existen entre los pacientes y profesionales de la salud, por lo que la interpretación anteriormente descrita viene a salvaguardar las desventajas que tienen los usuarios en el momento de querer imputar responsabilidad a un médico, a una clínica o un hospital público.

Las discrepancias en cuanto a quién debe soportar la carga de la prueba, sin embargo, se generan en lo que respecta a las obligaciones de medio. Así, encontramos dos posiciones: la

¹⁵⁸ “Art. 1698. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

¹⁵⁹ PEÑAILILLO, Daniel (2003). Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 228 – 229. El profesor BARROS también adhiere a la conclusión de que ante las obligaciones de resultado es el deudor el que soporta la carga de la prueba. En BARROS, Enrique (2010). Op. cit. p. 659.

¹⁶⁰ LARROUCAU, Jorge (2014). ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? En: Revista de Derecho, Volumen XXVII, N° 2, Valdivia, pp. 68 – 69.

primera, aquella que dice que la carga de la prueba corresponde al paciente/acreedor, mientras que la segunda, aboga porque esa recaiga sobre el médico/deudor. Ambas posturas basadas fundamentalmente en lo dispuesto en el artículo 1547 inciso 3º del Código Civil, que establece lo que sigue:

“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

La primera de estas posturas es sostenida por el profesor CÁRDENAS, quien aboga porque tal norma se aplicaría exclusivamente a las obligaciones de resultado (y no a las de medios), particularmente a la obligación de entrega y conservación de la cosa que se debe, por los siguientes motivos: en primer lugar, desde una perspectiva lógica, la frase “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo” no permite concluir que en todos los casos se responda por culpa presunta, ya que la redacción de una norma en términos abstractos no nos da la solidez suficiente como para inferir una aplicación extensiva del precepto; en segundo lugar, argumenta que el artículo 1547 inciso 3º del Código Civil solamente es aplicable a las obligaciones de resultado por los siguientes motivos: (a) la redacción de la norma invita a deducir que el modelo de obligación que se tenía en mente era de dar, (b) la ubicación geográfica de la norma, la cual se enmarca dentro de la regulación de las obligaciones de dar (artículos 1547, 1548, 1549 y 1550 Código Civil, (c) y por último, Bello se apartó en dos aspectos con respecto a la redacción del *Code* (fuente importantísima al momento de redactar nuestro Código Civil), a saber, introduciendo el mencionado artículo 1547 y no señalando las rúbricas en las que el codificador francés dejaba en claro a qué tipo de obligación se refería. Además, las obras de Robert Pothier, de quién se tomó Bello para incluir esta norma, hacen en todo momento referencia a las obligaciones de dar.¹⁶¹

Conforme a lo anteriormente señalado, el mencionado autor concluye que no puede existir una presunción de culpa cuando nos encontremos ante una típica obligación de medios, por

¹⁶¹ CÁRDENAS, Hugo (2009). La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medio/obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica). En: Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado. Núm. 6, pp. 53 – 60.

lo que debe entenderse que en “nuestro ordenamiento la carga de la prueba en las obligaciones en que el deudor sólo comprometió un actuar diligente y no un resultado, corresponde al paciente/acreedor”.¹⁶²

La segunda postura, aquella que estima que la carga de la prueba en las obligaciones de medio corresponde al médico/deudor, es sostenida por el profesor PIZARRO. Este, fundamentando su postura con jurisprudencia de la Corte Suprema, concluye que una correcta interpretación del artículo 1547 inciso 3° del Código Civil debe ajustarse a su literalidad, lo que trae como conclusión el hecho de que el deudor es el que tiene la carga de acreditar su diligencia.¹⁶³

Además, apoya la interpretación sostenida por el profesor PEÑAILILLO con respecto al artículo 1698 inciso 1° del Código Civil, quien refiriéndose a las obligaciones de medio explica: “si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió) es el deudor el que debe probar que fue diligente, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de comportarse diligentemente (sin importar que un resultado esperado no se haya producido)”.¹⁶⁴

El profesor PIZARRO, en apoyo a la posición planteada anteriormente, argumenta que “el artículo 1698 distribuye la carga de la prueba respecto a las obligaciones distinguiendo su fuente -existencia- y su extinción -pago de las mismas-. Efectivamente corresponde al acreedor acreditar la existencia de la obligación. En nuestro caso, el paciente que demanda debe probar la existencia del contrato. En otros términos le corresponde la prueba de la causa eficiente: la obligación contractual que se pretende incumplida. Por el contrario, una vez acreditada la obligación, es al deudor, el médico, en conformidad al mismo precepto, que le corresponde probar su extinción. Y la forma de acreditar la extinción de la obligación no es más que el cumplimiento de la misma”.¹⁶⁵

¹⁶² CÁRDENAS, Hugo (2009). Op., cit., p. 62; p. 75.

¹⁶³ PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., p. 106;

¹⁶⁴ PEÑAILILLO, Daniel (2003). Op. cit., p. 228.

¹⁶⁵ PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., p. 105.

En los casos en que nos encontremos frente a una situación en donde debamos aplicar el régimen de responsabilidad extracontractual, según lo visto en el apartado III.1, el consenso es claro a la hora de concluir que el paciente/acreedor es el que tiene la carga de la prueba en un juicio de responsabilidad civil.¹⁶⁶ Es más, en el ámbito de los hospitales públicos, existe una regla que desecha toda pretensión de poder invertir la carga de la prueba. Aquel precepto es el artículo 38 inciso segundo de la Ley N° 19.966, que establece lo que sigue:

“(…) El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio”.

La carga que se le impone al paciente en estos últimos casos, a nuestro juicio, no toma en consideración la dificultad en términos técnicos y económicos que tienen estos a la hora de querer probar la negligencia del profesional de salud o del centro médico. La realización de un peritaje en materia médica es bastante costoso, lo que claramente dificulta las pretensiones de resarcimiento de las personas, particularmente de aquellas que son de escasos recursos monetarios. Además, tales interpretaciones, que por más correcta que puedan ser en términos jurídicos, no consideran la evidente desigualdad probatoria entre el médico que, a parte de sus conocimientos especializados, posee toda la información relativa al desarrollo del embarazo de la mujer, lo que acarrea en muchos casos la imposibilidad de que la paciente pueda obtener una sentencia favorable.¹⁶⁷

El inconveniente mostrado anteriormente, específicamente respecto a las obligaciones de medio y a la responsabilidad extracontractual, puede ser soslayado con la siguiente consideración: la existencia de protocolos sobre control del embarazo y diagnóstico de malformaciones o anomalías del feto. Tales documentos son los que nos hemos referido en el apartado III.1., a saber, el Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo (2008) y la Guía Perinatal (2015).

¹⁶⁶ CÁRDENAS, Hugo (2009). Op. cit., p. 64; PIZARRO, Carlos (2018). Op. cit., p. 160; BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 141

¹⁶⁷ DOMÍNGUEZ, Carmen (2009). El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica. En: Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado. Núm. 6, p. 26.

Tales pautas se presentan como una verdadera codificación de la *lex artis*, que en este caso es más específica que la general, puesto que estamos en el ámbito de una especialidad médica (ginecología y, particularmente, obstetricia). Así, podemos hablar de una especie de culpa infraccional,¹⁶⁸ en donde se contravienen los deberes de cuidado establecidos por una autoridad con potestad normativa, en este caso, el Ministerio de Salud de Chile, órgano rector de la salud en nuestro país.

Lo anterior, nos lleva a concluir que estos protocolos médicos son verdaderos estándares específicos de conducta, en este caso, para el gineco-obstetra. De esta manera, el juicio de responsabilidad se centrará en los descargos que el agente causante del daño, el galeno especialista, pueda efectuar respecto a su conducta diligente,¹⁶⁹ generándose una verdadera inversión en la carga de la prueba.¹⁷⁰

Además, a la misma conclusión que hemos sostenido en los párrafos anterior ha llegado la jurisprudencia, que ha establecido que la carga de la prueba debe reposar en el agente causante del daño, en este caso, el gineco-obstetra, y que en tales circunstancias este debe probar que su conducta ha sido conforme a la *lex artis*,¹⁷¹ que en nuestro ámbito esta consagrada en los protocolos a los cuales hemos hecho mención anteriormente.

Por lo tanto, a pesar de que en un principio se podría sostener que en los casos de las obligaciones de medio que se subsumen bajo un régimen de responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba corresponde a la víctima del daño causado, una revisión más detallada de los deberes que tiene el médico en la atención que debe realizar a una mujer embarazada, nos permite concluir que la existencia de pautas o protocolos sobre

¹⁶⁸ BARROS, Enrique (2010). Op. cit., pp. 97 – 98.

¹⁶⁹ BUSTOS, María Magdalena (2018). Estándar de culpa y regímenes especiales de responsabilidad civil. En: CONGRESO INTERNACIONAL “Daño, causalidad e imputación. Reformas y nuevas perspectivas de la Responsabilidad Civil”, 6 y 7 de diciembre de 2018. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago.

¹⁷⁰ En el mismo sentido el profesor BARROS, quien, frente a infracciones a estándares previstos por alguna autoridad normativa, concluye que existe una verdadera presunción de culpabilidad de la persona que causa un daño, teniendo como consecuencia la inversión de la carga de la prueba para efectos de favorecer a la víctima. BARROS, Enrique (2010). Op. cit., p. 100; p. 142.

¹⁷¹ Corte Suprema, 1 de septiembre 2014, Rol N° 7549 – 2013 < <http://vlex.com/vid/antiquera-tirsa-lopez-perez-nestor-526426050>> [consulta: 14 enero 2018]; Corte Suprema, 10 de marzo 2016, Rol N° 21373 – 2015 < <http://vlex.com/vid/gajardo-orellana-katherina-stevens-619494714>> [consulta: 14 enero 2018].

el seguimiento del embarazo y detección de anomalías fetales, se configura como una verdadera positivización de los deberes del galeno, por lo que la carga de la prueba le correspondería a éste último.

IV) CONCLUSIONES

En primer lugar, el presente trabajo comenzó desde la siguiente premisa: la acción de *wrongful birth*, como ha sido recogida en el derecho comparado, no es posible de impetrarla en nuestro ordenamiento jurídico. En base a la descripción y análisis de dos países pioneros en esta materia, vale decir, España y Estados Unidos, llegamos a la conclusión de que existen dos razones fundamentales por las cuales esta reclamación no es posible en nuestro ordenamiento jurídico: una, porque en nuestro derecho no se reconoce la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer y dos, porque los daños que se reclaman con esta acción (extrapatrimoniales, y particularmente patrimoniales) presuponen la sobrevida del feto a pesar de su malformación o anomalía, cuestión que no se reconoce en la actual Ley N° 21.030, ya que la causal relacionada con este tipo de casos, en todos los supuestos presupone la muerte del feto, ya sea dentro del vientre de la madre o a las pocas horas o días de haber nacido.

En segundo término, generamos diversas hipótesis de hecho que son similares o análogas a las que concurren en los casos de *wrongful birth*, las cuales deben resolverse bajo estatuto de la responsabilidad civil médica. Tales hipótesis tienen como sustrato común el hecho de que la mujer no logra enterarse de la malformación o anomalía incompatible con la vida extrauterina, cuestión que suscita una serie de perjuicios a esta.

Por último, respecto a los diversos problemas que genera en si mismo la responsabilidad civil médica, y aplicada a las situaciones de hecho que se elaboraron en el presente trabajo, podemos vislumbrar algunas cuestiones fundamentales. Primero, y dado lo común que es las mujeres controlen su embarazo en centros de salud, y no directamente con un médico, es que la responsabilidad de las clínicas o centros médicos será preferente extracontractual, sin perjuicio de las hipótesis en que tales instituciones responden directamente, caso en el

cual prima el régimen contractual. En el caso de los centros públicos debemos tener presente la aplicación de la denominada “falta de servicio”.

Respecto a los daños, concluimos que el perjuicio común y más evidente en todas las situaciones es el extrapatrimonial o moral, derivado de la repentina noticia de que su hijo, diagnosticado sano, tiene una malformación o anomalía incompatible con la vida extrauterina, falleciendo ya dentro del vientre de la mujer o a las pocas horas o días de haber nacido. Lo anterior, no es óbice para agregar, en todas las hipótesis, la procedencia de daños patrimoniales, expresados en sus categorías más típicas, como lo son el daño emergente y el lucro cesante. Además, respecto al deber de información que describimos en la hipótesis (iii), establecimos un daño moral autónomo, a saber, la pérdida de oportunidad de decisión.

Respecto a la carga de la prueba en el juicio de responsabilidad, el panorama es claro: ante una relación contractual que contiene obligaciones de resultado, quien soporta el peso de probar su diligencia es el médico o la institución de salud correspondiente. Si tal relación es de medios, existía discusión frente a si debían soportarla estos últimos o el paciente. En el ámbito extracontractual, tanto privado como público, es el actor o víctima del daño quien debe soportar la carga de la prueba.

La patente desigualdad probatoria que contempla sostener que la víctima del daño deba llevar la carga de la prueba tiene su solución: la existencia de estándares específicos de conducta, como los que existen en el ámbito del control del embarazo y de la detección de anomalías o enfermedades del feto, genera de inmediato una inversión en la carga de la prueba, debiendo el médico o el centro médico probar que actuó conforme a la *lex artis*, sin importar el fundamento de la responsabilidad ni el tipo de obligación que rija la relación entre las partes.

La presente investigación, se ha encargado de un tema que es muy reciente dentro de nuestro derecho, por lo que las diversas conclusiones y posturas que se han presentado permiten tener herramientas para poder afrontar estos casos relacionados con una

negligente aplicación de la Ley N^a 21.030, los cuales en el futuro próximo es muy probable que se den.

V) BIBLIOGRAFÍA

1. AEDO, Cristián; COLEMAN, Luis; MONDACA, Alexis (2015). Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno”. En: Revista Ius et Praxis, Año 21, N^o1, pp. 19 – 56. Universidad de Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
2. BAGINSKA, Ewa (2010). Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss: Theories of Compensation. En: Journal of European Tort Law, pp. 171 – 203.
3. BARROS, Enrique (2010). Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
4. BELLO, Domingo (2015). La responsabilidad médica en el Derecho Español. Editorial Temis, Bogotá.
5. BUSTOS, María Magdalena (2018). Estándar de culpa y regímenes especiales de responsabilidad civil. En: CONGRESO INTERNACIONAL “Daño, causalidad e imputación. Reformas y nuevas perspectivas de la Responsabilidad Civil”, 6 y 7 de diciembre de 2018. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago.
6. CAPODIFERRO, Daniel (2016). La evolución de la regulación el aborto en España: perspectivas teóricas y proyección normativa. En: Anuario de Facultade de Dereito da UDC (AFDUDC), vol. 20, pp. 72 – 97.
7. CÁRDENAS, Hugo (2009). La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medio/obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica). En: Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado. Núm. 6, pp. 45 – 84.

8. CÁRDENAS, Hugo; MORENO, Jaime (2011). Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio. Thomson Reuters, Santiago.
9. CÁRDENAS, Hugo (2016). Anticoncepciones fallidas, hijos indeseados e indemnizaciones por manutención. En: Boletín de Actualidad Familiar, Edición 1, volumen 3. Programa de derecho de familia, infancia y adolescencia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 16 – 19.
10. CARVAJAL, Jorge; RALPH, Constanza (2017). Manual de Obstetricia y Ginecología. VII Edición, Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.
11. CORRAL, Hernán (2011). Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Thomson Reuters, Santiago.
12. CORRAL, Hernán (2017). Ley de aborto y responsabilidad civil: ¿casos de wrongful birth y wrongful life en Chile? El Mercurio Legal, Santiago, Chile, 8 de noviembre de 2017 [en línea] <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/11/08/Ley-de-aborto-y-responsabilidad-civil-casos-de-iwrongful-birthi-y-iwrongful-lifei-en-Chile.aspx>.
13. COURT, Eduardo (1998). Responsabilidad civil médica. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XIX, pp. 277 – 293.
14. CROSBY, Caroline (2008). The Right to Recovery for Emotional Distress Arising from a Claim for Wrongful Birth. En: American Journal of Trial Advocacy, Vol. 32, pp. 143 – 182.
15. CURY, Enrique (1988). Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

16. DE LA MAZA, Iñigo (2010). Consentimiento informado, una visión panorámica. En: Revista Ius et Praxis, N° Año 16, N° 2.
17. DOMÍNGUEZ, Carmen (2009). El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica. En: Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado. Núm. 6, pp. 21 – 44.
18. ELIZARI, Leyre (2010). El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life. En: Derecho y Salud, Vol. 19, pp. 139 – 163.
19. ETCHEBERRY, Leonor (2017). La posibilidad de accionar por *wrongful birth* en Chile. En: Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Pucón, 2017. Universidad Diego Portales, Thomson Reuters, pp. 817 – 829.
20. GALÁN, Julio César (2008). Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007: Responsabilidad médica. Acciones de wrongful birth y wrongful life. Omisión de información sobre la conveniencia de someterse a la prueba del triple screening a gestante que no presentaba factores de riesgo relevantes. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Daño y nexa causa En: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 76, pp. 279 – 290.
21. GARCÍA, Juan Carlos (2010). Responsabilidad civil de los médicos. En: Derecho y Cambio Social, Año 7, N° 21, pp. 1 – 12.
22. GARRIDO, Mario (2010). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
23. GIESEN, Ivo (2009). Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems. En: Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg (THRHR), Vol. 72, p. 257 – 273.

24. GUZMÁN, José Luis (2012). Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social. En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 17, pp. 17 – 51.
25. HERNÁNDEZ, Héctor (2016). La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación. En: Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile. Centro de Derechos Humanos UDP, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, pp. 229 – 260.
26. ISAZA, María Cristina (2018). De la cuantificación del daño. Manual teórico – práctico. Quinta edición, Editorial Temis, Bogotá.
27. LARROUCAU, Jorge (2014). ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? En: Revista de Derecho, Volumen XXVII, N° 2, Valdivia, pp. 43 – 79.
28. MACÍA, Andrea (2007). La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life. En: Revista de Derecho, Universidad del Norte, Vol. 27, Barranquilla, pp. 3 – 37.
29. MACÍA, Andrea (2009). Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life. En: Revista Chilena de Derecho Privado, N°12, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, pp. 167 – 206.
30. MACÍA, Andrea (2011). El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. En: Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, N° 23, pp. 83 – 98.
31. MAYER, Laura (2011). La vida del que esta por nacer como objeto de protección legal. En: Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N° 5, pp. 63 – 80.
32. MENETEAU, Hernán (2016). El delito de aborto en el Derecho Penal chileno. Editorial Metropolitana, Santiago.

33. MIRANDA, Johan (2018). Responsabilidad patrimonial por “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”. Memoria para optar al grado de Doctor, Madrid. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.
34. MIRANDA, Francisco (2015). Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración. En: Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, Nº 7, pp. 79 – 102.
35. MONSALVE, Vladimir; NAVARRO, Daniela (2014). El consentimiento informado en la praxis médica. Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, Bogotá.
36. MOORE, Marvin (1979). Wrongful Birth – The Problem of Damage Computation. En: UMKC Law Review, Vol. 48 (1), pp. 1 – 14.
37. MUNITA, Renzo (2015). Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable mérito indemnizatorio (sobre el tratamiento comparado de las *wrongful actions*) <<http://munitaycia.cl/wp-content/uploads/2018/01/Concepción-nacimiento-y-vida.-V.DEF.pdf>> [consulta en línea: 14 noviembre 2018]
38. OLALLA, Alicia (2006) Interrupción de embarazos incompatibles con la vida y el Derecho”, Bioética & Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
39. PARRA, Oscar (2009). El derecho a la salud desde la perspectiva de género y de los derechos de las mujeres. En: VV. AA, Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano, San José, IIDH, pp. 145-166.
40. PEÑAILILLO, Daniel (2003). Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

41. PIZARRO, Carlos (2008). Responsabilidad profesional médica: diagnósticos y perspectivas. En: Revista Médica de Chile, Vol. 136, N° 4, pp. 539 – 543.
42. PIZARRO, Carlos (2014). El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 4, N°3, pp. 825 – 843.
43. PIZARRO, Carlos (2018). La responsabilidad médica. Editorial Ibáñez, Bogotá.
44. PREVOT, Juan Manuel (2008). Responsabilidad civil de los médicos. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
45. RABINOVICH, Ricardo (1999). Responsabilidad del médico. Aspectos civiles, penales y procesales. Editorial Astrea, Buenos Aires.
46. SAY, Katherine (2003). Wrongful Birth – Preserving Justice for Women and Their Families. En: Oklahoma City University Law Review, Vol. 28 (1), pp. 251 – 289.
47. TAPIA, Mauricio (2006). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. En: Gaceta Jurídica, N° 308, volumen 308.
48. TOCORNAL, Josefina (2014). La responsabilidad civil de las clínicas y hospitales. Thomson Reuters, Santiago.
49. TORRE DE SILVA, Víctor (2017). Responsabilidad por nacimiento evitable (wrongful birth) y discapacidad. Revista de Administración Pública, 203, pp. 89 – 136.
50. UNDURRAGA, Verónica (2013). Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución chilena. Thomson Reuters, Santiago.

51. VICANDI, Arantzazu (2013). El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. En: Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS). Editorial Dykinson, pp. 40 – 59.
52. VIDAL, Álvaro (2003). La responsabilidad civil del profesional médico. En: Revista de Derecho, N°8, pp. 1 – 15.
53. VIVAS, Inmaculada (2003). La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial. En: Revista Aranzadi de derecho patrimonial, N° 11, pp. 403 – 415.
54. ZELAYA, Pedro (1997). Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales). En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, N°2, pp. 47 – 90.

VI) JURISPRUDENCIA, LEYES Y DOCUMENTOS OFICIALES

Chile

1. Código Civil <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>.
2. Código Penal <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>.
3. Código Sanitario, Decreto con Fuerza de Ley N° 725 de 1968 <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5595>>.
4. Corte Suprema, 1 de septiembre 2014, Rol N° 7549 – 2013 <<http://vlex.com/vid/antiquera-tirsa-lopez-perez-nestor-526426050>>.
5. Corte Suprema, 10 de marzo 2016, Rol N° 21373 – 2015 <<http://vlex.com/vid/gajardo-orellana-katherina-stevens-619494714>>.
6. Corte Suprema, 29 de enero 2016, Rol N° 13544 – 2015 <<http://vlex.com/vid/rosas-bahamonde-lourdes-carmen-592640634>>.
7. Guía Perinatal, Ministerio de Salud, 2015 <http://www.repositoriodigital.minsal.cl/bitstream/handle/2015/436/GUIAPERINATAL_2015-PARA-PUBLICAR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

8. Ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229834>>.
9. Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1039348>>.
10. Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo. Ministerio de Salud, 2008. <https://diprece.minsal.cl/wrdprss_minsal/wp-content/uploads/2015/10/2008_Manual-de-Atencion-personalizada-del-Proceso-reproductivo.pdf>.
11. Norma Técnica Nacional: Acompañamiento y Atención Integral a la mujer para la Interrupción voluntaria del Embarazo en tres causales que regula la Ley 21.030. Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, 2018. <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/02/NORMA-IVE-ACOMPANAMIENTO_02.pdf>.
12. Orientaciones Técnicas: Acogida y acompañamiento psicosocial en el marco de la Ley 21.030, que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Ministerio de Salud, 2018, p. 43 <<https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/03/OT-Acompañamiento-Psicosocial-IVE-Resolución-Exenta-401.pdf>>.
13. Reglamento de Hospitales y Clínicas (Decreto N° 161/82) <https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/DTO-161_19-NOV_1982_Hospi%20y%20Clinicas.pdf>.
14. Tribunal Constitucional de Chile, 28 agosto 2017, Rol N° 3729 (3751) -17 <https://app.vlex.com/#CL/vid/692332513/graphical_version>.

España

1. Ley Orgánica del 9/1985 del 5 de julio de 1985 <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/05/9/dof/spa/xml>>.
2. Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo de 2010 <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>>.
3. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 6 junio 1997. STS 3999/1997 <<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e203d2edf22f9ce7/20031203>>.
4. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 4 febrero 1999. STS 679/1999 <<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2fbfe7d77656e56d/20031203>>.
5. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 7 junio 2002. STS 4137/2002 <<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2d4f8f0fc1734202/20031203>>.

Estados Unidos

1. Corte Suprema de Estados Unidos, 22 enero 1973, 410 U.S. 113. <
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>
2. Corte Suprema de Estados Unidos, 29 junio 1992, 505 U.S. 833. <
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/#tab-opinion-1959105>>
3. Corte Suprema de Nueva Jersey, 6 marzo 1967, 49 N.J. 22<
<https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>>
4. Corte Suprema de Nueva Jersey, 26 junio 1979, 80 N.J. 421 <
<https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1979/80-n-j-421-0.html>>
5. Tribunal de Circuito de Oregon, Cuarto Distrito Judicial, Condado de Multnomah, 09
marzo 2012 [https://1-next-
westlaw.com.uchile.idm.oclc.org/Document/I553a2a549b5b11e191598982704508d1/V
iew/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextDa
ta=\(sc.Default\)](https://1-next-westlaw.com.uchile.idm.oclc.org/Document/I553a2a549b5b11e191598982704508d1/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=(sc.Default))

Francia

1. Ley N° 2.002-303, del 5 de marzo de 2002, <
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015>>