



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

***MITO O REALIDAD: ¿ES APLICABLE LA DOCTRINA DEL WRONGFUL BIRTH EN
LOS CASOS PREVISTOS EN LA LEY DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN LAS
TRES CAUSALES?***

Análisis crítico de la legislación chilena desde el derecho comparado

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

CAMILA ANDREA FREZZA ROMÁN

Profesora Guía: María Magdalena Bustos Díaz

Santiago, Chile

2021

*A las mujeres del pasado, el presente y el futuro
cuyos derechos aún siguen en deuda*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DEL WRONGFUL BIRTH	10
I.1. Teoría general de la legitimidad del daño	10
I.2. Responsabilidad médica y sus nuevos desafíos: <i>wrongful birth</i>	13
I.2.a. Derecho a la información como fundamento de legitimidad del daño y reparación integral	13
I.2.b. Información, autodeterminación y aborto: ¿existe responsabilidad civil médica?	18
I.2.c. <i>Wrongful birth</i> y otros estatutos en materia abortiva	19
I.2.d. Presupuestos de la acción de <i>wrongful birth</i>	22
I.3. <i>Wrongful birth</i> y legitimación del daño	25
I.4. Ley 21.030 como fenómeno de estudio para la aplicación del <i>wrongful birth</i> en Chile	27
CAPÍTULO II: NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CAUSALES EN LA LEY 21.030: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA PENAL.....	33
II.1. Formas de extender el reproche penal: alcances generales.....	33
II.2. Extensión del reproche penal dentro de las causales de la ley 21.030	37
II.3. Consecuencias que genera la extensión del reproche penal en la ley 21.030 dentro del sistema <i>wrongful birth</i>	42
CAPÍTULO III: ¿EXISTE UN DERECHO A ABORTAR EN CHILE? ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	51
III.1. Reconocimiento del derecho a abortar en el derecho extranjero	51
III.1.a. Alcances generales del derecho de autodeterminación sexual y reproductiva	52
III.1.b. Reconocimiento del derecho de autodeterminación sexual y reproductiva en el Derecho Internacional.....	56
III.1.c. Reconocimiento en la legislación comparada.....	64
III.1.d. Reconocimiento en la jurisprudencia comparada.....	71
III.2. Desconocimiento del derecho a abortar en Chile a la vigencia de la ley 21.030	80

III.3. Consecuencias que genera el reconocimiento del derecho a abortar en el sistema <i>wrongful birth</i>	94
CAPÍTULO IV: ¿ES LA VIDA UN DAÑO PER SE?: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA ÉTICO-FILOSÓFICA DEL DERECHO EXTRANJERO Y NACIONAL.....	98
IV.1. La vida como un daño: el detrimento en el nacimiento de un ser	99
IV.2. Vulneración al derecho al aborto como daño: el detrimento en la restricción para poder decidir	117
IV.3. Consecuencias que genera el análisis ético sobre el daño en el sistema del <i>wrongful birth</i>	125
CAPÍTULO V: APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL WRONGFUL BITH EN EL DERECHO EXTRANJERO Y SU PROYECCIÓN EN CHILE	129
V.1. Casos de <i>wrongful birth</i> en el derecho extranjero: análisis jurisprudencial	130
V.1.a. Estados Unidos	135
V.1.b. España.....	142
V.1.c. Colombia	151
V.2. Tratamiento del daño en los casos de <i>wrongful birth</i> en el derecho extranjero y sus fundamentos: construcción de una tendencia.....	158
V.3. Proyección de los fundamentos del derecho comparado a la situación chilena: descubrimiento de una realidad desactualizada	163
CONCLUSIONES.....	169
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	177
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....	185
ANEXO: ABREVIATURAS.....	193

RESUMEN

La doctrina del *wrongful birth* es uno de los nuevos paradigmas ante el exponencial aumento de daños indemnizables en el contexto de la responsabilidad civil médica.

Esta doctrina contempla en términos generales como presupuesto la legalización o despenalización de la interrupción del embarazo en un ordenamiento jurídico determinado, contexto que da posibilidad a los padres de un menor que nace con taras o discapacidades congénitas graves a exigir una indemnización de perjuicios derivada de la falta de información en un diagnóstico médico que impide a los padres ejercer el derecho a abortar entendido como el derecho de autodeterminación sexual y reproductiva, entidad central del elemento daño en este tipo de acción.

Esta doctrina podría no ser ajena a la realidad chilena, ya que desde el año 2017 con la promulgación de la ley 21.030 que despenaliza la interrupción del embarazo en tres causales, es inevitable replantearse la pregunta sobre si el estatuto de *wrongful birth* puede ser aplicable en Chile, considerando que esta nueva legislación ha abierto las puertas hacia espacios de discusión ética antes impensados, fenómeno de estudio por el cual el sistema de responsabilidad civil no está exento.

El presente trabajo busca analizar nuestra legislación, teniendo en cuenta la percepción que el derecho comparado tiene sobre la legitimidad del daño en la acción del *wrongful birth* con sus respectivos fundamentos ubicados en el derecho penal, constitucional y la ética para así responder al cuestionamiento anteriormente planteado. Es en este estudio donde evidenciaremos un preocupante anacronismo y falta de coherencia por parte del legislador chileno en comparación al concierto internacional en reconocer presupuestos clave para permitir esta acción, entre ellos y uno de los más importantes, el reconocimiento de autodeterminación sexual de las mujeres a nivel mundial.

INTRODUCCIÓN

Chile, antes de fines del año 2017, fue uno de los 6 países en el mundo que penalizaba la interrupción del embarazo bajo cualquier circunstancia. Sin embargo, el panorama cambió desde la entrada en vigencia de la ley 21.030 que despenaliza la interrupción del embarazo en tres causales desde septiembre del año 2017. Esta ley parecía responder a un problema relevante ya que a principios del año 2018 el Ministerio de Salud ya cuantificó 111 abortos efectuados en los últimos seis meses desde la entrada en vigor de la ley 21.030¹. Ante esta realidad se puede afirmar con seguridad que hoy la interrupción de embarazo es una prestación médica y en consecuencia una actividad exigible a los profesionales de la salud en Chile. Actividad que al ser reconocida como tal se encuentra dentro de una relevante red normativa que prevé materias como la tutela de derechos y deberes de los pacientes, principios y normas de ética básicas aplicables a los profesionales de la salud entre otros preceptos que buscan encausar la labor médica a un número cada vez mayor de prácticas antes impensables en la sociedad chilena de hoy.

De todas formas, a pesar de que esta nueva ley permite abrir puertas a gravitantes avances, no se debe olvidar que en ella también existen límites. Es necesario recordar que la ley 21.030 consagra sólo tres causales objetivas que simplemente ‘despenalizan’ la interrupción del embarazo, pero no consideran un espectro lo suficientemente amplio dentro del cual se permita un poder de decisión autónomo ante cualquier circunstancia para la interrupción del mismo, como ocurre en los contextos de ‘legalización’. Junto a esto, aún continúa en discusión en el ordenamiento jurídico chileno las posibilidades de admitir o no derechos subjetivos nuevos en favor de la mujer, criterio que minimiza aún más el abanico de supuestos normativos de aborto legal despenalizado.

Inclusive, prescindiendo de los obstáculos legislativos, en la práctica se pueden visualizar notorios problemas en el ejercicio de cada causal. Ya se han visto casos en países que hace años han despenalizado la interrupción del embarazo, donde el cuerpo médico no cumplió con los estándares exigibles en la verificación de la procedencia de una causal en casos que

¹ LEIVA, L y VIDAL, A. 2018. Minsal registra 11 abortos por las tres causales en seis meses. [en línea] La Tercera en Internet. 1 de abril, 2018. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/minsal-registra-111-abortos-las-tres-causales-seis-meses/118836/>> [consulta: 3 de abril 2018]

involucran un embarazo en supuesto de violación o en causales de malformación genética del embrión durante el periodo de gestación. Este hecho fuerza a la mujer a llevar un embarazo inviable, riesgoso o traumático hasta el final por falta de información, frustrando su posible expectativa de considerar la opción de poder abortar, debido a una falsa realidad creada por una notoria negligencia u omisión médica que podría presentarse en numerosos contextos, sobre todo en la omisión o emisión errónea de un diagnóstico médico relativo al estado del embarazo. Los resultados ante tales comportamientos negligentes del personal médico son claramente irreversibles y al mismo tiempo definitivos en cuanto proyecto de vida se trata. Entonces, por lo mínimo, es necesario deducir que frente a estas gravitantes consecuencias aparece la interrogante sobre la posibilidad de resarcir a la paciente tomando en cuenta que, ante la falta de decisión informada y autónoma, la expectativa de tener un hijo sano, en el caso de la malformación genética o el plan de vida, independiente de la causal, se vieron afectados para siempre.

Por eso es indispensable considerar como principal cuestionamiento si es posible que en estos casos pueda pensarse en el derecho de daños, y en especial el estatuto de nacimiento injusto o *wrongful birth* aplicable en indemnizaciones producto a negligencia médica relacionada a la interrupción del embarazo frustrada. Estatuto que ha sido considerado como una alternativa para la tutela de derechos de la mujer, adolescente o inclusive niña embarazada, y en ese contexto ¿podría tener esta acción reconocimiento en Chile? ¿cuáles son los límites para admitir una eventual indemnización en la tan discutida legitimidad del aborto? Estas preguntas no son baladí, sino que son la entrada a una discusión de gran calibre en el contexto del derecho de daños en la interrupción del embarazo dentro del cual no sólo se tienen criterios técnico jurídicos en juego, sino que también posturas éticas y políticas sobre un tema que de un inicio es sensible y complejo para la población: la legitimidad de un daño que en su mera conceptualización desde ya pone en tela de juicio la existencia de la persona llegando al punto de afirmar que un nacimiento puede ser defectuoso, o una vida puede ser considerada como un daño que pueda ser resarcido por medio de una indemnización bajo cuantías determinadas.

La siguiente investigación busca responder a estas preguntas y a lo largo de su desarrollo buscará dar los primeros pasos para encausar un nuevo tema de estudio para el derecho de daños. Ante el escaso tiempo de vigencia que ha tenido la ley 21.030 en Chile, se hace necesario que cada uno de los puntos de investigación tomen como elemento básico de estudio el derecho comparado bajo la metodología dogmática comparativa, para así responder

al cuestionamiento principal, el que evidenciará como hipótesis que, dado el vasto tratamiento jurisprudencial y legal a la interrupción del embarazo y al *wrongful birth* en derecho comparado, difícil será aplicar éste en Chile. Tal hipótesis se basa principalmente en el escepticismo político y ético no sólo del legislador ante causales tan específicas, sino que también de la judicatura nacional, en especial la constitucional al resolver sobre los alcances de la nueva ley 21.030 cuando niega la existencia de un derecho fundamental a la interrupción del embarazo en Chile, elemento de suma importancia para la íntegra aplicación del *wrongful birth*.

Esta realidad no se encontraría libre de críticas ya que la negativa se basa en criterios de dudosa claridad lógica y de un evidente anacronismo legislativo y judicial en lo que en reconocimiento de derechos fundamentales de autodeterminación sexual y reproductiva se trata, sobre todo si es que es puesta en paralelo con la experiencia del derecho comparado e internacional.

Para corroborar esta afirmación la investigación seguirá la siguiente estructura: en primer lugar, se encauzará la doctrina del *wrongful birth* dentro del contexto de la responsabilidad civil médica. En este primer punto se buscará saber en qué consiste, y qué problemáticas ético jurídicas presenta entre los presupuestos básicos de la responsabilidad civil, específicamente en lo relativo a la legitimidad del daño. Junto a esto, la labor se enfocará en analizar los alcances de la ley 21.030 para identificar supuestos fácticos posibles de *wrongful birth*.

En segundo lugar, se determinará la naturaleza jurídica de las causales de la ley 21.030 y sus efectos en relación a la legitimidad del daño atendiendo al objetivo “despenalizador” de la ley, el cual se va definir según la doctrina penal chilena junto sus consecuencias en el derecho de daños y por consiguiente en la acción de *wrongful birth*.

En tercer lugar, se buscará identificar desde un punto de vista constitucional el derecho que sirvió como fundamento para dar paso a la vigencia de la ley 21.030 en contraste con los derechos que ha considerado el derecho comparado para construir su propio estatuto abortivo y en consecuencia un daño legítimo en el sistema de *wrongful birth*.

En cuarto lugar, se analizará la valoración que se le da al daño en las acciones de *wrongful birth* desde un punto de vista filosófico, para así identificar una nueva lectura que valore con mejor luz la focalización del daño en las acciones de *wrongful birth*. Lectura que ha sido utilizada en el derecho comparado.

En último lugar, teniendo en cuenta los fundamentos teóricos de la legislación y jurisprudencia chilena junto con los de la doctrina y legislación comparada, se verá la aplicación del sistema *wrongful birth* en distintivos casos de derecho extranjero para así verificar si es aplicable para la judicatura chilena el sistema de *wrongful birth* y de esta forma, en caso de ver obstáculos, identificar las falencias del legislador y jurisprudencia nacionales y reiterar la necesidad de emplear un sistema eficaz de tutela de derechos para las mujeres, adolescentes y niñas en Chile en el actual sistema de derecho de daños.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DEL WRONGFUL BIRTH

En este capítulo se expondrá el panorama general que rodea al estatuto del *wrongful birth* y se destacarán los presupuestos y problemáticas del mismo. Para ello, en primer lugar, se expondrá sobre la teoría general de la legitimidad del daño, luego se expondrán los elementos de legitimidad del daño en la responsabilidad médica para así estudiar el *wrongful birth* en particular como una de las derivaciones de responsabilidad médica que centra su procedencia en la legitimidad del daño.

Expuesto el marco teórico, se describirá la estructuración de la ley 21.030 y se identificarán presupuestos que darían paso o no al estatuto del *wrongful birth* en Chile.

I.1. Teoría general de la legitimidad del daño.

Todo estatuto de responsabilidad civil sea contractual como extracontractual, objetivo como subjetivo, debe cumplir con un presupuesto básico: el daño. Es este elemento el que da partida a múltiples aristas que deben ser analizadas en la práctica para que la entidad o persona dañada pueda siquiera pensar en la posibilidad de ser indemnizada.

El daño puede definirse como “todo menoscabo que, a consecuencia de un determinado evento, sufre una persona en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o en su patrimonio”² o “en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba”³.

Ahora, no todo daño debe ser indemnizable ya que muchos de los detrimentos que se sufren en el día a día en comunidad se deben identificar con la *legitimidad* o *ilegitimidad* de éstos. Este requisito del daño como presupuesto de responsabilidad civil es visto por la doctrina tanto desde el punto de vista de la víctima (es decir, en el interés o derecho vulnerado en el daño sufrido) o desde el punto de vista del causante del daño (es decir, en la licitud del despliegue de la conducta efectuada que genera un daño). Para efectos de esta investigación la legitimidad se analizará según el punto de vista de la víctima.

² ROMERO COLOMA, A.M. 2010. Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento jurídico español: especial referencia a la responsabilidad médica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 722: p. 2566.

³ BARROS BOURIÉ, E. 2010. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p.220-221.

Esta elección no es irrelevante ya que UGARTE (2011) ha notado esta inclinación conceptual sobre la legitimidad del daño en la víctima afirmando que “en varios códigos civiles americanos o leyes especiales, hay supuestos en los cuales no se puede hablar de antijuridicidad de la conducta del dañador; es más, a veces está expresamente autorizada la conducta del dañador y, sin embargo, el daño resultante de la conducta ajustada a derecho resulta indemnizable”⁴ lo que justificaría tratar la legitimidad del daño también desde la relevancia del daño sufrido, poniendo entonces atención a los fundamentos que el detrimento en sí mismo posee independiente de la actuación u omisión efectuada por el dañador.

¿Cuándo entonces el daño es legítimo por medio de la responsabilidad civil? La identificación de la legitimidad del daño ha tenido diversos alcances.

Por un lado, una concreción de éste puede verse solamente bajo la existencia de un derecho subjetivo lesionado. Sin embargo, ya es reconocida la idea de que basta la lesión de un interés que no es necesariamente un derecho subjetivo para existir daño legítimo.

Pero aquí nuevamente se cae en un vacío conceptual ¿dónde está la relevancia que conforma la concreción flexible de legitimidad? Por cierto, la doctrina ha notado el problema y ha determinado que la relevancia, entendida como la versión flexible de legitimidad del daño, “es sólo aparentemente sencilla e inequívoca, como se muestra en las innumerables preguntas que ha planteado durante la historia del derecho privado. [Por eso] (...) todo sistema jurídico debe definir los intereses que resultan relevantes”⁵ y lo debe hacer el sistema jurídico debido a que “el concepto jurídico de daño es una cuestión de derecho que no puede ser reducida a su expresión puramente natural”⁶.

Por eso puede existir una concepción flexible del daño, pero en esa flexibilidad se debe hablar de cierta relevancia dentro del vocabulario jurídico. Ahora, el vocabulario jurídico que define relevancia del daño ¿debe conceptualizar en un lenguaje explícito?

Sin perjuicio de que el sistema jurídico debe ser quien determine la legitimidad, ésta no debe necesariamente responder a un reconocimiento expreso. Basta con seguir la premisa

⁴ UGARTE SALINAS, G. 2008. Requisitos comunes del daño como elemento de la indemnización de perjuicios. En: GUZMÁN BRITO, A (Ed.). Estudios de Derecho Civil III: Jornadas de Derecho Civil Valparaíso 2007. [base de datos en línea] Santiago de Chile: Thomson Reuters. Sexta Parte. Disponible en: <www.westlaw.cl> cita online: CL/DOC/727/2011. [consulta: 22 septiembre 2018], p. 753.

⁵ BARROS BOURIÉ (2010) Óp. cit. p.222.

⁶ Ibíd. p.222.

general del derecho privado: 'se encuentra permitido todo lo que en derecho no esté prohibido', por tanto, un daño legítimo puede definirse como aquel que no obedece a un interés de la víctima que se encuentre explícitamente prohibido por el derecho y que la connotación del daño sea de características relevantes.

Así, BARROS (2010) ha establecido que "todo perjuicio a un interés valioso para la víctima es considerado daño reparable si no resulta contrario a la ley o a las buenas costumbres (...) el ámbito de protección no está definido de manera positiva, sino negativamente: en principio, cualquier interés es objeto de cautela, a menos que resulte ilegítimo"⁷. Por eso parece ser necesario identificar el daño legítimo en una faz negativa, ampliando las posibilidades de lesiones que pueden constituir daños indemnizables.

Sin embargo, se podrá prever que algún criterio en faz positiva debe considerar nuestro ordenamiento jurídico para definir qué interés no contrario a derecho puede ser indemnizable. Esto resulta evidente al momento de pensar en que un rasguño proveniente por un tropiezo, no es lo mismo que las lesiones sufridas por un accidente de tránsito. No se debe olvidar que la doctrina apunta a que "no se puede ignorar que la afirmación de que **cierto** interés es legítimo, lo transforma en un bien jurídico, cuya lesión está amprada por una acción de responsabilidad en contra de ese tercero"⁸.

Así, se entiende que en el esfuerzo de conceptualizar positivamente daño legítimo, puede servir como insumo, pero no como elemento definitorio, "los derechos de la personalidad, cautelados por la Constitución, que garantizan significativos grados de autonomía en la definición del curso que cada cual puede dar su propia vida en estas materias"⁹. Es por esto que todo daño puede considerarse una guía en derechos constitucionales en la definición de legitimidad en una faz positiva ya que éstos "resultan relevantes en materia de responsabilidad civil (...) [estando] asociados a la idea de dignidad de la persona humana y que han sido articulados como garantía en la tradición del constitucionalismo"¹⁰.

Esta vinculación entre derechos fundamentales y derecho civil es relevante en derecho de daños ya que se trata "de bienes de la más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico, debe entenderse, además, que se trata de intereses significativos, en la medida que estén

⁷ *Ibíd.* p.223.

⁸ *Ibíd.* p.225. el destacado es propio.

⁹ *Ibíd.* p.225.

¹⁰ *Ibíd.* p.228.

esencialmente comprometidos”¹¹. Intereses que, si bien pueden surgir en el contexto del derecho público, con tal de que se adapten a los contextos propios de la lógica patrimonial de la responsabilidad civil, buscarán la necesaria coherencia dentro del sistema jurídico como un todo.

Es bajo esta misma premisa que hoy sistemas actuales de responsabilidad civil conceptualizan el daño en faz positiva guiándose por un derecho consagrado en la Constitución como la vida, la integridad física o psíquica, el derecho a la salud, entre otros. Esta mención de derechos no es azarosa, sino que es mencionada con el propósito de vincularse directamente a esta investigación y así mostrar uno de los sistemas de responsabilidad que debe entrar a esta discusión: el sistema de responsabilidad civil médica, dado que muchos de sus componentes estarían vinculados a la acción de *wrongful birth*.

I.2. Responsabilidad médica y sus nuevos desafíos: *wrongful birth*.

La responsabilidad civil médica ha sido todo un nuevo paradigma en lo que en derecho de daños respecta. Es un estatuto complejo que de por sí contempla profundas problemáticas. Sin embargo, la presente investigación, más que analizar las problemáticas que el sistema tiene, se centrará en analizar el elemento daño en este paradigma y con esto ver cómo se vincularía con la acción de *wrongful birth*.

I.2.a. Derecho a la información como fundamento de legitimidad del daño y reparación integral.

Cuando se habla del daño proveniente de la prestación médica, diversas problemáticas han formado una red de cuestionamientos en la ya expansiva responsabilidad del profesional de la salud. La doctrina considera dos estatutos como lo más adecuados para aplicar el sistema, el contractual y el extracontractual. Si bien esta discusión no se encuentra directamente relacionada al punto central investigado, sí dio paso a nuevas interpretaciones respecto a la conceptualización del daño en el paradigma médico, lo que interesa en el ámbito de identificación de daño del *wrongful birth* en la responsabilidad civil médica.

En específico, el problema surgió por razones más prácticas que teóricas. Bien plantea ZELAYA (1997) que “la doctrina tradicional ha intentado ‘contractualizar’ al máximo la

¹¹ *Ibíd.* p.220.

responsabilidad civil proveniente de la actividad médica y hospitalaria, por cuanto ha sostenido – desde un punto de vista teórico o dogmático - que todos los supuestos de responsabilidad médica y hospitalaria obedecen siempre y necesariamente a los esquemas propios del incumplimiento contractual y, además, porque ha estimado que con ello se protegen mejor los intereses de la víctima demandante”¹².

Mencionar esta tendencia no es con el objetivo de mera ilustración, ya que esta inclinación ha evidenciado ser una herramienta en favor del cuerpo médico para encontrar el medio subrepticio adecuado para evadir la indemnización de un daño que es inminentemente legítimo. Es decir, cuando el daño no se encuentra contemplado dentro de las conductas exigibles en el contrato de prestación de servicios médicos, pero sí resulta estar dentro del espectro exigible en lo que corresponde al despliegue normal de la conducta profesional, la contractualización excesiva impide resarcimiento.

Esta situación se ha puesto en cuestionamiento por la doctrina civil. Se debe considerar que “en el ámbito médico, al obligarse a sanar al paciente, evidentemente, el profesional también se compromete a velar por su seguridad, siendo procedente la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales [más bien extracontractuales] que derivan del incumplimiento de esta obligación”¹³, y es claro afirmar que precisamente en la prestación médica es donde más daños extracontractuales se presentan, daños que se encuentran fundamentados en derechos fundamentales de primera y segunda generación. Por lo tanto, no por falta de un estatuto aplicable (debido a que el daño no fue previsto en el contrato) podría negarse la reparación de un daño evidentemente legítimo.

Por esa misma razón, parte importante de la doctrina ha buscado reparación de estos daños en el estatuto extracontractual imputado de todas formas al profesional de la salud, permitiendo una interposición copulativa de acciones donde todos los daños sean debidamente indemnizados atendiendo a la importancia de los derechos e intereses vulnerados que son en extremo relevantes, así “la responsabilidad contractual sería algo más que la simple responsabilidad por el incumplimiento de la prestación principal pues **se extiende a la protección/indemnización de un interés de protección de la persona del otro**

¹² ZELAYA ETCHEGARAY, P. 1997. Responsabilidad civil de hospitales y clínica: modernas tendencias jurisprudenciales. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 65(201): p.18.

¹³ TAPIA RODRIGUEZ, M. 2003. Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 15: p.84.

contratante, interés distinto al de la prestación objeto directo inmediato del contrato”¹⁴. Así, el nuevo enfoque sobre responsabilidad médica ha sido buscar daños indemnizables bajo el estatuto que mejor satisfaga el fin correctivo de la responsabilidad bajo una extensión de bienes jurídicos protegidos y contemplados en la prestación médica centrados en la persona del paciente.

Unido a lo anterior, la legislación chilena también se ha hecho parte para solucionar este problema de ‘contractualización’ desmesurada por medio de la creación de estándares de conducta precisos establecidos en legislación positiva¹⁵ que se integren a los contratos. Además de la definición de estándares legales, es una realidad que “los códigos de deontología en el derecho moderno se han transformado en derechos del paciente, cuyo cumplimiento puede ser exigido frente a los tribunales: por ejemplo, a ser tratado con dignidad, a la confidencialidad de su expediente, a la no discriminación en el acceso a la salud, etc.”¹⁶.

Este marco legal de consagración de derechos y deberes protege a la persona del paciente y al mismo tiempo establece una guía de comportamiento en torno a la actividad médica por medio de estándares determinados que se superponen a las meras condiciones contractuales. Es más, parte importante de las actividades realizadas por profesionales médicos relacionadas al ejercicio de estos derechos son consideradas *operaciones de resultado* teniendo como principales elementos la violación del derecho al trato digno, a la privacidad, la confidencialidad, la no discriminación, el acceso a la información, entre otros¹⁷.

Estos derechos son consagrados actualmente en Chile por medio de la ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

¹⁴ ZELAYA ETCHEGARAY (1997), Óp. Cit.p.20. El destacado es propio.

¹⁵ PIZARRO WILSON, C. 2017. *Responsabilidad Civil Médica*. Santiago de Chile, Legal Publishing Thomson Reuters, p.26-41.

¹⁶ TAPIA RODRÍGUEZ (2003), Óp. cit. p.78.

¹⁷ El reconocimiento de la actividad médica que viola determinados derechos se ha considerado como la identificación de una obligación de resultado debido a que cada vez es más fuerte la obtención de “seguridad sanitaria” que permita prevenir riesgos y al mismo tiempo permitirle al paciente tomar una decisión respecto a los servicios de los cuales está dispuesto a ser usuario. TAPIA RODRÍGUEZ (2003) condensa esta necesidad de aumentar la exigibilidad no solamente del profesional, sino que del establecimiento médico porque “podemos ver la obligación relativa a materiales y productos de salud, obligación relativa a exámenes o análisis simples y, entre las más importantes, la obligación de entrega de información”.

En el contexto de esta ley es necesario detenerse un momento en el derecho al acceso a la información, consagrado en el artículo 8 y el artículo 10 del cuerpo legal¹⁸ antes mencionado, debido a que éste reconoce un cambio respecto a la visión que se tenía en la relación médico-paciente, el cual corresponde al reconocimiento de la *autodeterminación del paciente* como parte contratante que tiene poder al tomar decisiones antes de someterse a un tratamiento determinado.

Como bien plantea PIZARRO (2017) la importancia del derecho a la información “es indesmentible, pues **arranca de la dignidad misma de la persona**, la cual, ante la intervención por un tercero de su cuerpo, merece, al menos, identificar ciertos aspectos esenciales del acto médico que la habiliten para consentir y darle la licitud al médico en su afán por proveerle de una mejor salud”¹⁹. El mismo autor plantea que el derecho a la información es requisito esencial para la formación del consentimiento y por tanto crear un eventual contrato de prestación de servicios médicos.

Por tanto, bien puede darse en la práctica que un tratamiento médico contratado haya presentado imprevistos y generado daños a la integridad física y psíquica del paciente producto a la falta de información que tuvo que haber considerado el establecimiento de salud. Por esto, el que crea una falsa realidad de consentimiento para contratar el servicio, gracias a la consagración a este derecho, da paso a una indemnización íntegra y satisfactoria para el paciente, no porque el médico incumplió la prestación, sino que ésta no fue verdaderamente identificada producto a negligencia médica impidiendo al paciente formarse un consentimiento informado atentando a su dignidad y autodeterminación.

Ahora, para que proceda responsabilidad civil, no basta simplemente comprobar la existencia de autodeterminación vulnerada para que la víctima sea resarcida. Es decir, no basta con citar la voz ‘autodeterminación del paciente’ en general sin especificar su vulneración en algún derecho que justifique el daño en la prestación determinada del caso. En otras palabras: la vulneración a la autodeterminación del paciente no es *per se* o ‘porque sí’, sino

¹⁸ Se destaca de la normativa mencionada las siguientes menciones ocupadas en la ley: “Toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información **suficiente, oportuna, veraz y comprensible**, sea en forma **visual, verbal o por escrito**” (inciso primero del art. 8 de la ley 20.584), “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” (inciso primero del art. 10 de la ley 20.584).

¹⁹ PIZARRO WILSON (2017) Óp. cit. p.41.

que debe ser vulneración a la autodeterminación del paciente 'de' o 'para algo' y así justificar el resarcimiento que se invoque. Esto es así dado que el catálogo de garantías en lo que derecho de salud respecta, sólo cubriría un derecho al acceso a la salud y no una institución revestida de aristas y presupuestos básicos de protección como el paciente demandante esperaría. Es por esto que se afirma por la doctrina que es necesaria “una afectación a un interés legítimo con el daño, elemento **distintivo e independiente**, cuya fisonomía **no se satisface con la pura afectación a la referida autodeterminación** [del paciente]”²⁰. Para visualizar esto se puede adelantar que, en contexto de la prestación correspondiente a la interrupción del embarazo, la 'autodeterminación del paciente' debería estar aparejada al derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de toda persona (que de por sí genera consecuencias en el contexto reproductivo) como derecho para justificar una acción de responsabilidad médica relacionada al *wrongful birth* dado que, si fuese de otra manera, la autodeterminación no sería más que la concreción del derecho a la salud que no contempla más que una garantía de acceso, siendo insuficiente para satisfacer los presupuestos necesarios de procedencia de esta acción. Los detalles, eventuales obstáculos y aspectos más relevantes de esta afirmación se analizarán más adelante.

En el contexto de la autodeterminación del paciente en general, la falta de información debe ser perjudicial y relevante para justificar el resarcimiento. Es por eso que se afirma esta necesidad de aparejar la autodeterminación del paciente a otro derecho, dado que obstaculizar el acceso a la información en un procedimiento exitoso y que satisface derechos y necesidades del paciente no darían motivo para interponer una acción de responsabilidad.

Para identificar la debida autodeterminación de la ley 20.584 la información debe ser inteligible, apropiada y completa para el paciente. Si falta alguno de estos tres requisitos, se crea un riesgo no considerado por el usuario del servicio médico y bien puede involucrar una lesión relevante y legítima, porque bien pudo vulnerar no sólo la autodeterminación, que de por sí no parece ser suficiente, sino que al menos la posibilidad de tutelar un derecho, cuya afectación sirvió de fundamento para acudir a un médico.

Aquí es donde procede indemnización “sin que sea relevante considerar si para alcanzarlo [el médico] hizo más o menos esfuerzos”²¹ ya que, como bien se había mencionado, la

²⁰ *Ibíd.* p.46.

²¹ PIZARRO WILSON, C. 2015. En oposición al consentimiento hipotético informado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (44): p.106.

vulneración a intereses legítimos encauzados en la obstaculización de la autodeterminación son derechos consagrados en legislación positiva que se enmarcan como obligaciones de resultado para el profesional médico.

I.2.b. Información, autodeterminación y aborto: ¿existe responsabilidad civil médica?

Entonces, para resumir. La responsabilidad médica puede contemplar obligaciones de resultado, en función de la existencia de un daño relacionado a la vulneración de derechos ubicados en la ley 20.584. Esta vulneración puede tomar como presupuesto central, entre otros contextos, la obstaculización del ejercicio del derecho a la información el cual se justifica en la autodeterminación del paciente, la cual tiene que necesariamente venir acompañada con otro derecho subjetivo para constituir un daño legítimo indemnizable.

Es necesario ir un paso más allá para identificar el problema en la ley 21.030. Ya se había adelantado sobre el derecho de la autodeterminación sexual y reproductiva como fundamento de la acción de responsabilidad médica en la interrupción del embarazo. En consideración a esto se plantea el siguiente cuestionamiento: ¿puede considerarse la autodeterminación sexual y reproductiva aparejada a la autodeterminación del paciente en nuestro sistema jurídico para dar procedencia a la acción de responsabilidad médica en la interrupción del embarazo?

Ya la existencia de un derecho a abortar como fundamento podría parecer una hipótesis que, como bien lo plantea la doctrina, no sea discernible en un terreno estrictamente técnico jurídico²². Se insertan en este caso no solo criterios científicos, sino que también ético-sociológicos en la cuestión.

Sin embargo, no se puede negar que el embarazo es una de las realidades que en mayor medida afectan al cuerpo humano junto a la integridad y desarrollo de éste, más aún si éste se ve condicionado a complicaciones que deben ser supervisadas y controladas por medio de asistencia médica y más aún, si es que este embarazo riesgoso puede constituir una hipótesis de aborto que, siendo considerado como prestación médica exigible al cuerpo médico, pueda generar daños tanto en su ejecución como por su omisión.

²² BARROS BOURIÉ (2010). Óp. Cit. p.365.

La experiencia del derecho comparado ha identificado un estatuto especial de responsabilidad civil en estos contextos donde la autodeterminación del paciente y la autodeterminación sexual y reproductiva reviste límites ético-jurídicos ya que en la misma exigencia médica se pondría en tela de juicio la existencia de otro ser, es decir el feto.

Ya se verá en el progreso de esta investigación que en la institución a analizar se observa un tema controvertido, pero común, cuando de problemáticas jurídicas se habla: esto es, la colisión de derechos.

Lo particular de esta colisión en este caso, corresponde a los tipos de interrogantes que se hacen al momento sopesar estos derechos y que las conclusiones en sí mismas dando mayor peso a una u otra opción, dan paso a supuestos discursivos que llamarían la atención desde el punto de vista ético y replantean el cuestionamiento de cómo concebimos como sociedad el derecho a la vida ¿es un derecho absoluto? ¿puede ceder éste a otro derecho fundamental de las personas, y en este caso en particular a un derecho de la mujer? ¿en qué medida debemos protegerla? Y, sobre todo, siendo o no absoluta la vida ¿puede ser precisamente concebida como un daño? En las respuestas a estas preguntas todo dependerá de cómo se planteé la conclusión y cómo encaja ésta en las nuevas posibilidades que abre nuestra sociedad para traducirla en el lenguaje propio de la responsabilidad civil.

Por eso el derecho comparado ha construido un estatuto especial y rígido: el del *wrongful birth* o nacimiento defectuoso o injusto.

1.2.c. *Wrongful birth* y otros estatutos en materia abortiva.

El sistema de *wrongful birth*, que conoce su origen en el derecho estadounidense, se ha presentado en el supuesto fáctico de que “por la actuación negligente del profesional, los padres del hijo que nace con malformación o discapacidad hayan sido privados de una información fundamental para poder acudir a la interrupción del embarazo, haciéndoles perder dicha oportunidad”²³. Esta acción civil se identifica generalmente en los casos de error u omisión de diagnóstico de malformación o discapacidad del feto producto a un actuar negligente que impide a los padres tomar la decisión de abortar, estando esta prestación

²³ FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. 2017. El nacimiento como una nueva frontera de la responsabilidad médica: reflexión desde el derecho colombiano. *Revista de Derecho (Valdivia)* 30(2): p. 326.

contemplada en un contexto de legalización o inclusive de despenalización de la interrupción del embarazo.

Aquí existe una vinculación con lo que se ha comentado anteriormente en lo relacionado al derecho a la información porque la negligencia médica en este tipo de casos se presenta en “una culpa por acción u omisión **en el deber de información** por parte del médico, porque informa erróneamente al no descubrir la enfermedad congénita del feto y no informa de la existencia de los peligros o riesgos que se encuentran realmente presentes, o porque no informa pudiendo y debiendo hacerlo”²⁴. Por tanto el estatuto de *wrongful birth* se iguala a la responsabilidad médica concebida por el sistema de tutela de derechos y deberes del paciente en el ámbito de obligaciones de resultado relacionadas al derecho a la información, pero se diferencia y especializa cuando “requiere, además, que la malformación anomalía o enfermedad sea incurable **y que estén dadas las condiciones legales para la práctica del aborto en estas circunstancias**”²⁵.

El estatuto de *wrongful birth* puede confundirse con otros casos de responsabilidad civil médica en materia abortiva, pero tiene una composición bien específica.

El *wrongful birth* no es lo mismo que el *wrongful life* o *wrongful conception*, sea por legitimados activos como por temas de causalidad y tiempo. En el sistema de *wrongful life* el menor es el legitimado activo que identifica su detrimento no en la falta de información ya que éste no toma la decisión de abortar, sino por el daño en el mero hecho de nacer con discapacidades, siendo posible que su madre hubiese decidido abortarlo²⁶. Un ejemplo puede encontrarse en el caso de un niño que padece síndrome de Down quien demanda (por vía de sus padres como representantes) el hecho de haber nacido con discapacidades, nacimiento que podía no haber ocurrido si es que no hubiese existido un actuar negligente del profesional médico en identificar la anomalía en exámenes como una amniocentesis²⁷ o un triple

²⁴ *Ibíd.* p.326. El destacado es propio.

²⁵ *Ibíd.* p.326. El destacado es propio.

²⁶ La distinción entre *wrongful birth* y *wrongful life* es indispensable ya que se verá que uno de ellos es procedente en la práctica comparada, mientras que en la otra es casi imposible proclamar su procedencia. Todo esto será justificado en función a qué interpretación se le dé a la entidad daño. Por eso vasta doctrina se ha referido al *wrongful life* en paralelo al *wrongful birth* entre ellos, GARCIA HUAYAMA (2012), PACHECO JIMÉNEZ (2011), TAPIA RODRÍGUEZ (2003), entre muchos otros.

²⁷ La amniocentesis es una prueba diagnóstica que se realiza durante el embarazo a mujeres cuyos bebés presentan aparentes riesgos genéticos o cromosómicos en la cual se extrae una pequeña cantidad de líquido amniótico con el fin de estudiar posibles trastornos fetales.

screening²⁸ que, llevado a cabo o efectuado correctamente, hubiese permitido a los padres tomar la decisión de abortarlo.

El *wrongful conception* se presenta antes del nacimiento: no hay daño por el hecho del 'nacimiento' de un ser, sino que por la mera 'concepción' de un nuevo ser. Para ser más precisos, este estatuto se manifiesta en casos de "a) esterilizaciones fallidas o defectuosamente ejecutadas (operaciones fallidas de vasectomía o ligadura de trompas); b) intervenciones esterilizantes realizadas correctamente, pero con tratamiento o información posteriores insuficientes, dando lugar a una concepción no deseada ni previsible, (...) [y] c) interrupciones fallidas del embarazo"²⁹. Estos son casos que han permitido que la doctrina comparada se haya inclinado inclusive a aceptar en este contexto indemnizaciones por embarazos que conlleven a nacimientos por vía de estatutos de responsabilidad genéricos debido a que en el sistema de *wrongful conception* "resulta ser indiferente el estado de legislación sobre aborto, dado que la culpable intervención quirúrgica (...) no guarda relación con la posibilidad de pérdida de una oportunidad derivada del tratamiento legislativo del aborto"³⁰, sino que podría derivarse de un erróneo tratamiento esterilizante o en la instalación errónea de un anticonceptivo que no atenga a los fines por los cuales fue efectuado o instalado en el contexto de la relación de consumo, sin guardar relación con la legitimidad o no de la interrupción del embarazo ya que el daño se encuentra antes del nacimiento y en cualquier etapa del embarazo.

Un ejemplo de *wrongful conception* puede encontrarse en el caso de una mujer que se somete a una ligadura de trompas manifestando el deseo de no querer tener más hijos, y resulta tener un embarazo ectópico, o en el caso de una mujer que se coloca un dispositivo anti conceptual (por ejemplo, se implanta una T de cobre) que culmina en un embarazo, producto a una defectuosa instalación del producto, si es que ésta es realizada por un profesional médico. Como se había mencionado esta última hipótesis puede inclusive presentarse en el estatuto de responsabilidad civil por producto defectuoso.

²⁸ El triple *screening*, también llamado triple test es una prueba de cribado o rastreo (en inglés: *screening*) que se le realiza a la embarazada para detectar posibles alteraciones genéticas del feto.

²⁹ GARCÍA HUAYAMA, J.C. 2012. Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: las acciones de *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongful life* (vida injusta). [en línea] *Revista Derecho y Cambio Social* 9(29) <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5493232>> [consulta: 15 septiembre 2018], p.6.

³⁰ MONDACA, A. y AEDO, C. y COLEMAN, L. 2015. Panorama comparado de *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*: Su posible aplicación en el Derecho chileno. *Revista Ius et Praxis* 21(1): p. 22.

El estatuto de *wrongful birth* también se diferencia de sistemas como el de *lesión al feto*, donde el daño es reclamado por el recién nacido o los padres cuando el primero presenta lesiones o discapacidades producto al ejercicio mismo de interrupción del embarazo efectuado por un médico o por lesiones obstétricas presentadas al momento del parto³¹. Es decir, ésta no es una cuestión encausada en el diagnóstico de una malformación congénita, sino en la creación de una discapacidad producto al actuar negligente al momento de llevarse a cabo la interrupción del embarazo.

Finalmente, el sistema de *wrongful birth* también se diferencia del estatuto de *procreación irresponsable* donde el hijo es el legitimado activo actuando contra sus padres, arguyendo que las actuaciones que éstos han realizado han dado lugar a la discapacidad grave o enfermedad. En la procreación irresponsable “el escenario requiere que el padre o la madre (o ambos), por su actuación irresponsable durante el embarazo o la concepción (consumo de sustancias, falta de adopción de cautelas, etc.), expongan a su progenie, traduciéndole ello en consecuencias tras su nacimiento”³².

Es aun posible admitir indemnizaciones en casos de niños sanos y sin problemas de salud de mayor envergadura como lo es el caso del sistema de *disadvantage o dissatisfied life*, donde “su pretensión indemnizatoria se fundamenta en el hecho de haber nacido en un entorno poco apropiado, bien por condiciones raciales, bien económicas o políticas. Éstas le han privado de una infancia normal, por haber sufrido exclusión social o penurias”³³. Demás está decir que en esta hipótesis no se está hablando de *wrongful birth* ya que este último requiere como condición esencial la existencia de una discapacidad grave o enfermedad congénita.

Teniendo claras las diferencias entre estatutos, es necesario volver la atención al *wrongful birth* y sus presupuestos básicos.

1.2.d. Presupuestos de la acción de *wrongful birth*.

Se debe partir determinando los **legitimados** de esta acción. Por parte demandante los legitimados pueden ser la madre del menor o los padres en conjunto, pero no el padre por su

³¹ Como puede observarse hay diferencias de tiempo, legitimación e identificación causal del daño determinado por el agente en el estatuto de lesiones al feto para compararlas con las hipótesis de *wrongful birth* según el análisis de derecho comparado. Véase: VICANDI MARTÍNEZ, A. 2013. El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática: una polémica de pasado y presente. *Revista de Derecho Empresa y Sociedad*, vol. 3: p. 45.

³² *Ibíd.* p.45.

³³ *Ibíd.* p.45.

cuenta³⁴ producto a quien efectivamente es paciente en el contexto médico es la mujer y es ella quien debe tomar la decisión de someterse a la mantención o no de un embarazo en ejercicio de su autonomía como paciente y la posibilidad de exigir satisfacción a su derecho a la información³⁵ junto con el ejercicio de su derecho a autodeterminación reproductiva.

Por la parte demandada parece obvio considerar que corresponde al profesional sanitario cuyo comportamiento no permitió impedir el nacimiento en condiciones desventajosas. Lo que no parece obvio es la amplitud de la imputación para identificar al demandado legitimado. Por esto, MACÍA MORILLO (2009) establece que “la responsabilidad en este contexto puede reclamarse de cualquiera de los profesionales sanitarios intervinientes en el proceso de diagnóstico preconceptico o prenatal (v.gr., enfermeros, especialistas, en ecografía, etc.) y no sólo contra los médicos especialistas en ginecología que intervengan en el seguimiento del embarazo”³⁶.

Ahora, en lo relativo al requisito de la **acción u omisión**, este sistema se puede presentar en diagnósticos tanto preconceptivos (donde los padres o sólo la madre concurren a consultar a un médico sobre los riesgos de futura descendencia debido a anomalías o enfermedades previas), en diagnósticos prenatales (donde efectivamente hay embarazo y se espera a la fecha de parto) o en diagnósticos preimplantatorios o con ocasión de un diagnóstico indirecto³⁷.

La doctrina comparada ha estimado que el *wrongful birth* nace en un error u omisión de diagnóstico, en un diagnóstico correcto que se no comunica oportunamente, y en el caso que el médico no aconseja sobre la conveniencia de exámenes para diagnósticos prenatales³⁸. Un ejemplo fáctico se puede encontrar en un médico que omite la realización de una ecografía pelviana o la interpreta erróneamente para detectar alguna patología congénita del feto

³⁴ Este razonamiento, al menos para la doctrina española se construye de la siguiente manera: “aunque enlazar el daño directamente con el derecho a la dignidad del art. 10CE [Constitución Española] facilita su identificación, esta teoría limitaría la legitimación para reclamar por *wrongful birth* a la madre, ya que en relación a la interrupción voluntaria del embarazo únicamente son tenidos en cuenta sus intereses, no los del padre, pues su voluntad no se tuvo en cuenta al establecer el supuesto de despenalización del aborto”. Véase: ELIZARI URTASUN, L. 2010. El Daño en las Acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*. *Derecho y Salud*, vol. 19: p.152.

³⁵ A pesar de lo anteriormente mencionado, la doctrina aclara que no hay que confundir esta cuestión, esto es, el hecho de que en la construcción doctrinal los únicos legitimados sea la madre, con que el padre, así como el resto de la familia, no puedan ser indemnizados en relación a otros perjuicios vinculados en el contexto del nacimiento del menor discapacitado (Shock psicológico, daño moral, etc.), lo que puede permitir la existencia de un daño moral y un daño patrimonial de rebote derivado de la condición enferma del niño discapacitado. Véase: VICANDI MARTÍNEZ (2013) Óp. Cit. p.46, nota al pie n°13 de la obra citada.

³⁶ MACÍA MORILLO, A. 2009. Panorama de la Responsabilidad Civil de los profesionales sanitario por *wrongful birth* y *wrongful life*. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 12: p.177.

³⁷ ELIZARI URTASUN (2009), Óp. Cit. p.141.

³⁸ *Ibíd.* p.141.

incompatible con la vida extrauterina, como por ejemplo la anencefalia (nacimiento con cerebro subdesarrollado o cráneo incompleto), siendo que la mujer ha presentado embarazos fallidos en el pasado o ha contemplado un historial clínico que plantee la preocupación de presentarse esta anomalía. Este diagnóstico es prenatal y, producto a la omisión de diagnóstico o erróneo diagnóstico puede estarse dentro de los supuestos del *wrongful birth*.

Cuando se habla del **factor imputación culpa o dolo**, “lo determinante a la hora de condenar o no es la observancia de los protocolos obstétricos vigentes en el momento de que se trate y en cumplimiento con los derechos de la embarazada”³⁹. Adicional a los protocolos obstétricos el avance de la ciencia es relevante: es necesario que el mal o enfermedad pudiese haber sido detectada de acuerdo a los conocimientos científicos del momento y los indicios presentes en la gestante. Puede que sea imposible detectar tempranamente la discapacidad del feto, por tanto, esa omisión o equivocación en el diagnóstico no sería exigible. Sin embargo, cuando los avances de la ciencia son ciertos, se entiende que de la acción u omisión existe negligencia por el mero hecho de dar información incorrecta o de no prestar información debido a que, como se había mencionado anteriormente, el deber de información es una obligación de resultado exigible al equipo médico.

Y en lo relativo al requisito de **causalidad**, es necesario reclamar el daño por el hecho del nacimiento o la privación de la posibilidad de abortar, no en la existencia de la discapacidad en sí misma (a diferencia del estatuto de lesiones al feto descrito anteriormente) ya que la negligencia estaría en la identificación de la discapacidad o enfermedad y no en la causación de ésta⁴⁰ que la mayoría de las veces es congénita o hereditaria.

Además es necesario considerar que la causalidad estará delimitada por el carácter que posea la discapacidad, si es que el aborto es despenalizado bajo un sistema de indicaciones, o que la identificación en la misma sea extemporánea ante el tiempo previsto para ejercer la posibilidad de poder abortar en presencia de un sistema de plazos⁴¹. Solo allí existirá la causa al daño por el cual indemnizar.

³⁹ PACHECO JIMÉNEZ, M.N. 2011. *Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad médica*. En: Seminario Permanente de Ciencias Sociales. Cuenca. España, Facultad de Ciencias Sociales de la Cuenca. p.9.

⁴⁰ MACÍA MORILLO (2009), Óp. Cit. p.195.

⁴¹ KIMBLE, B. 1994. Wrongful Birth: A Practitioner's Guide to a New Arrival. *The Alabama Lawyer* 55(2): 84-91.

I.3. *Wrongful birth* y legitimación del daño.

Respecto al requisito **daño** cabe mencionar que éste es el que ha generado amplias discusiones en materias que van fuera del ámbito jurídico, precisamente porque el daño se encuentra en el nacimiento de un nuevo ser y la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo protegen el derecho a la vida de cualquier persona. Es allí donde es necesario preguntarse si es que el daño reclamado por las víctimas puede ser considerado como legítimo.

Si bien se analizará esta problemática en profundidad unos capítulos más adelante, se adelantará que, si bien parece que el daño indemnizable en esta acción legitimaría 'el asesinato de un ser inocente', esta connotación que descartaría legitimidad del daño es aparente.

Ya la doctrina que dio paso a esta acción en sus primeras versiones identificó el problema ético donde "*wrongful birth* es un concepto engañoso y desafortunado, un título más adecuado pudo haber sido '*wrongful information*'⁴². Como puede observarse, la identificación del daño no está en el nacimiento en sí mismo sino que en "otros intereses o derechos de los progenitores que se han visto lesionados por el comportamiento del profesional sanitario"⁴³, siendo éste la vulneración al derecho a la información, pero no éste por sí sólo (porque se había dicho que la autodeterminación por sí sola como fundamentación al daño era insuficiente), sino que dentro del contexto de "las posibilidades de actuación de los progenitores respecto de la descendencia futura con dos variantes: la privación del ejercicio de **libertad de procreación o de la facultad de abortar**"⁴⁴.

Superando este problema de identificación causal del daño, se puede afirmar que es posible admitir la legitimidad del daño en esta acción, identificado en un derecho subjetivo determinado y así, que la víctima sea resarcida en un fundamento no contrario al ordenamiento jurídico.

En lo relativo al resarcimiento cubierto, se debe reiterar la importancia en los alcances de causalidad y legitimación. Los daños indemnizables obedecen, según la doctrina comparada, a tres presupuestos relevantes: al **daño por lesión al derecho de información** circunscrito a la facultad de abortar, la existencia de un **daño moral por falta de preparación psicológica**

⁴² *Ibíd.* p.86. La traducción es propia.

⁴³ GARCÍA HUAYAMA (2012), *Óp. Cit.* p.12.

⁴⁴ FERNÁNDEZ MUÑOZ (2017), *Óp. Cit.* p.142. El destacado es propio.

para el nacimiento del niño enfermo o discapacitado, y la existencia de un **daño moral y patrimonial de rebote**, derivado de la condición enferma del niño discapacitado⁴⁵.

En el contexto de *daños patrimoniales* la jurisprudencia comparada los ha encauzado en los sobrecostos que implica cuidar a un niño con graves discapacidades, siendo expresados éstos en los “tratamientos médicos especializados, la necesidad de acudir a centros especializados en estimulación precoz, la rehabilitación, la adaptación de domicilio familiar, el transporte y asistencia a un centro escolar normal o con programa de integración o de educación especial, el salario de la persona que atienda al niño con carácter retribuido y en todo caso, los gastos de asistencia médica y hospitalaria, tratamientos e intervenciones quirúrgicas necesarias”⁴⁶. Estas partidas podrían verse cubiertas en el ámbito del daño emergente.

Por parte del lucro cesante, la doctrina se encuentra dividida. Se ha dicho que “el lucro cesante sufrido por los padres (por ejemplo, el abandono de una actividad profesional para dedicarse al cuidado del hijo) también será difícil de acreditar, salvo que se haya producido ya en el momento de la reclamación (...)”⁴⁷ y que los límites deberían encausarse a cada caso concreto.

Por último, consta mencionar los alcances de la indemnización relativa a *la vulneración del derecho a abortar*. Este derecho se plantea en el caso en particular como una facultad a optar donde la repuesta comprende sólo dos opciones: abortar o continuar con el embarazo.

Producto al uso extensivo de las palabras ‘oportunidad’ o ‘posibilidad’, se ha planteado la pérdida de la oportunidad como un alcance indemnizatorio proporcional al daño sufrido. Sin embargo, la doctrina estima que esta postura pierde fuerza al considerar que “la pérdida de oportunidad se caracteriza por una imposibilidad de diagnóstico o tratamiento, motivado por el azar (...) [y] si lo trasladamos a los casos de *wrongful birth*, no hay posibilidad de hallar un concepto afín, ya que en su lugar se encuentra la voluntad de la madre, traducida en su decisión, bien de interrumpir su embarazo, bien de proseguir con el mismo”⁴⁸. Entonces, bajo la idea de que las opciones en la decisión de la mujer (que ha sido en su caso obstaculizada u omitida) son precisas, no motivadas por el azar y en torno a un derecho como lo es la

⁴⁵ *Ibíd.* p. 142.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 155.

⁴⁷ *Ibíd.* p. 156.

⁴⁸ VICANDI MARTÍNEZ (2013), *Óp. Cit.* p.50.

autodeterminación sexual y reproductiva, se descarta la aplicación de la pérdida de la oportunidad en el caso de esta acción.

Se debe dejar en claro que dentro de la expresión de voluntad de una persona no existe azar si no que una opción previa considerada, pero que debe ser necesariamente manifestada. Lo curioso es que la oportunidad en estos casos se reemplaza por el hecho de que “la circunstancia misma de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal constituye *per se* un indicio suficientemente significativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto. Por ese motivo, debería al menos producirse una inversión de la carga de la prueba, de suerte que sea el médico el que tenga que demostrar que la madre no habría abortado”⁴⁹, por lo mismo podría afirmarse con seguridad que la pérdida de oportunidad como límite a la indemnización debería ser rechazado dado que “faltaba [o más bien falta] el factor de aleatoriedad respecto del resultado”⁵⁰ debido a que este se encuentra en una decisión certera y no delimitada por el azar.

Frente a lo anteriormente expuesto y teniendo claro la estructura base del sistema de *wrongful birth*, se tiene ya identificado el daño, el que solamente se puede configurar en un sistema que evidencia ciertas hipótesis de aborto permitido o despenalizado y que consagre un derecho al aborto en el ordenamiento jurídico. Por eso cabe preguntar si el ordenamiento jurídico chileno contempla hipótesis fácticas y jurídicas para hacer procedente este tipo de acción civil.

1.4. Ley 21.030 como fenómeno de estudio para la aplicación del *wrongful birth* en Chile.

Con fecha 23 de septiembre del año 2017, el Diario Oficial publica la ley N° 21.030 que despenaliza la interrupción del embarazo en tres causales que estableció sustanciales cambios a la legislación penal (en específico incorporó la voz “fuera de los casos establecidos en la ley”⁵¹ para servir de excepción al reproche penal aplicado a la mujer, adolescente o niña

⁴⁹ GARCÍA HUAYAMA (2012), Óp. Cit.p.16. En el mismo sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1999), y DIEZ-PICAZO (1998) quienes afirman que la hipotética voluntad resulta irrelevante atendiendo que el daño está en el impedimento de una *posibilidad* de decidir independiente su resultado. Véase: PACHECO JIMÉNEZ (2011) Óp. Cit. p.11.

⁵⁰ GARCÍA HUAYAMA (2012), Óp. Cit. p.13.

⁵¹ Inciso primero del artículo 344 del Código Penal.

embarazada), de donación de órganos, y sanitaria (donde se reemplazó el antiguo artículo 119 del Código Sanitario⁵² por los artículos 119, 119 bis, 119 ter y 119 quáter).

La ley 21.030 consagró un sistema de tres indicaciones que despenalizan la conducta abortiva como un conjunto de prestaciones médicas con alcances bien determinados por un conglomerado normativo específico⁵³ que precisa el alcance de estas tres indicaciones que serán descritas a continuación.

La primera causal es aquella relacionada a la *indicación terapéutica*, la cual consiste según la ley en el caso que “la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida”⁵⁴.

Precisando el alcance de esta causal, debe considerarse que es necesario que la mujer se encuentre *en riesgo vital*, entendido como tal que sea la interrupción del embarazo el medio único que evite un peligro para su vida.

Esta causal no contiene plazo, la mujer debe manifestar su voluntad una vez constatada la causal - debido a que es parte del encabezado del artículo 119 que “mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo”⁵⁵- y debe contar con **un solo diagnóstico médico** que acredite que la mujer se encuentra en la causal que habilita el espacio para poder tomar la decisión. Adicionalmente debe considerarse que en la tramitación legislativa múltiples vocablos se intentaron determinar para definir ‘riesgo’. Este proceso finalizó con lo dispuesto en la norma técnica N°197 que complementa los alcances de la ley 21.030 en la práctica, la cual distingue entre *riesgo vital inminente y no inminente*.

Lo relevante en esto se encuentra en que en el riesgo no inminente⁵⁶ (es decir, aquel que no implique que las acciones se enmarquen en la reanimación o estabilización de la mujer,

⁵² Antes de la vigencia de la ley n°21.030, el artículo 119 de Código Sanitario disponía lo siguiente: No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.

⁵³ Entre varios preceptos se tienen considerados: Reglamento que regula el acompañamiento y materias afines de la ley 21.030. Publicado: febrero 2018; La Norma técnica N°197 de acompañamiento y atención integral a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales que regula la ley 21.030. Publicada: febrero de 2018; Ley de derechos y deberes de los pacientes, ley 20.584; Protocolo de objeción de conciencia, al regular la objeción de conciencia personal como institucional; Código Penal; Código Procesal Penal en lo relativo al tratamiento de exámenes corporales; Guías clínicas; Normas técnicas; y normativa administrativa que el ministerio de salud que en ejercicio de su facultad de dictar normas aplicables a las que se regulan todos los organismos y entidades del sistema de salud dicta para la prestación del aborto o Interrupción Voluntaria del Embarazo.

⁵⁴ Artículo 119 del Código Sanitario.

⁵⁵ Artículo 119 del Código Sanitario.

⁵⁶ Según la norma técnica N°197, entre los casos donde sería procedente riesgo no inminente es en el caso de a patologías propias del embarazo y denominadas patologías concomitantes como pueden ser algunos cánceres o

adolescente o niña para derivarla, si es que fuera posible a la interrupción del embarazo y si es que ésta fuera la herramienta necesaria para asegurar su sobrevivencia) es “**un ginecobstetra [quien] valorará los antecedentes clínicos definiendo el riesgo** de vida de la mujer gestante”⁵⁷.

La segunda causal está relacionada a lo que doctrinariamente se ha asociado a la *indicación eugenésica o embriopática*, la cual se define en la ley como el caso donde “el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal”⁵⁸.

Es necesario constatar voces claves ocupadas por el legislador, ya que no toda enfermedad del embrión puede estar dentro de la causal. Se requiere que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética e incompatible con la vida extrauterina⁵⁹, por tanto, es necesario descartar como hipótesis de enfermedad grave o discapacidad, por ejemplo, el Síndrome de Down ya que evidentemente no cumple con las características de incompatibilidad con la vida extrauterina.

Esta causal, al igual que la primera, no contiene plazo. La mujer debe manifestar su voluntad siendo necesario que precedan a esa voluntad **dos diagnósticos médicos** especialistas y **dos diagnósticos en el mismo sentido previos y por escrito**. Sólo establecidos los dos diagnósticos médicos se abre el espacio de decisión de la mujer. La ley por supuesto no exige que los médicos autoricen la causal, sino que **requiere que establezcan el diagnóstico de la patología para que la mujer pueda tomar la decisión**.

La tercera causal y, probablemente la más disputada y resistida durante la tramitación legislativa, es la causal que en doctrina se conoce como *indicación criminológica*, la cual se presenta en caso de que el embarazo “sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años,

mujeres portadoras de patologías crónicas como algunas cardiopatías, hipertensión arterial severa, enfermedades autoinmunes entre otras. Véase: CHILE. Norma General Técnica 197. 2018. Norma técnica nacional: Acompañamiento y atención integral a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales que regula la ley 21.030. Santiago de Chile, Ministerio de Salud, 2 de febrero 2018. 200p.

⁵⁷ Norma técnica nacional N°197 del Ministerio de Salud, p.143. El destacado es propio.

⁵⁸ Artículo 119 del Código Sanitario.

⁵⁹ Patologías que según la norma técnica n°197 se vinculan, entre un conjunto de enfermedades previstas en un largo y dinámico listado, a la anencefalia, la exencefalia, la acránea, la secuencia del tallo corporal (disfuncional desarrollo de los pulmones), los riñones multi o poliquísticos, displasias esqueléticas, entre otras muchas patologías. Consta también aclarar que este listado se encuentra condicionado al progreso de la ciencia, tecnología y medicina la cual puede posibilitar la incorporación de otras patologías, pero que cumplan los requisitos que establece la ley.

la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación”⁶⁰.

Esta es la causal que determina que el sistema chileno sea mixto ya que, además de un presupuesto fáctico inspirado en una indicación, también se encuentra condicionada a otro hecho: el plazo, que de por sí ya es diferenciado dependiendo de la edad de la mujer, adolescente o niña embarazada. Factor distintivo que buscaba fundamentarse en las diferencias biológicas y físicas, junto con la forma que toma el desarrollo en atención a la edad de las mujeres y también de cómo se dan cuenta ellas de que están embarazadas en el contexto específico de una violación.

Se hace necesario recalcar que, para acceder a la tercera causal, **se debe formar un equipo de salud que según la ley, debe estar “especialmente conformado para tal efecto”**⁶¹, que debe acreditar dos circunstancias: primero, la concurrencia de la causal (no siendo necesario concluir, más allá de toda duda razonable la existencia del tipo penal de violación, sino que bajo criterios flexibles de plausibilidad, idoneidad y concordancia en el relato se dé por acreditada la existencia de hechos que sean idóneos para producir el resultado de violación) y segundo, la edad gestacional que debe acreditarse por una ecografía obstétrica. **Una vez que esto ocurre se debe informar** a la mujer, niña o adolescente o a su representante legal y al jefe del establecimiento o clínica que se está frente a la tercera causal.

Finalmente, **en relación con la manifestación de voluntad**, la normativa chilena⁶² distingue tres formas distintas atendiendo a la edad. Si la mujer es mayor de 18 años su voluntad debe ser expresa, previa y por escrito y para eso cuenta con un formulario tipo previsto en los anexos de la normativa técnica de acompañamiento que debe estar a disposición de todas las mujeres en los establecimientos de salud.

En el caso de las adolescentes menores de 18 años, también basta su voluntad y se debe informar – y no solicitar autorización – al representante legal (y si se tiene más de uno al representante legal que la adolescente escoja). Se puede además prescindir de esta información cuando, a juicio del equipo médico, entregar esa información al representante

⁶⁰ Artículo 119 del Código Sanitario.

⁶¹ Inciso tercero del Artículo 119 bis del Código Sanitario.

⁶² Toda la normativa relativa la manifestación de voluntad de la mujer se encuentra regulada en el mismo artículo 119 del Código Sanitario, específicamente en los incisos siguientes a la enumeración de las causales.

legal pudiere generar un daño o un riesgo de violencia física, psicológica, desarraigo, o alguna afectación a la integridad de la adolescente.

Y finalmente en el caso de las niñas menores de 14 años, además de su voluntad, se requiere también de la autorización del representante legal. La ley se pone en el caso de que no sea posible contar con la autorización del representante legal y analiza tres hipótesis en las que procedería la llamada 'autorización sustitutiva,' donde la constatación de la causal es llevada a cabo por un juez o jueza con competencia en materias de familia cuando: a) el representante legal no es habido, b) el representante legal no entrega la autorización para la interrupción del embarazo, o c) a juicio del equipo médico, solicitar autorización implicaría riesgo u acciones que vulneren su integridad (en el mismo tenor que en el caso de no informarse al representante legal de la adolescente menor de 18, pero mayor de 14 años).

En caso de que la mujer se encuentre en situación de discapacidad, la ley 21.030 reconoce el acceso a la interrupción del embarazo, pero al tenor de normas especiales como la ley de derechos y deberes del paciente (Ley 20.584) y la convención sobre derechos de las personas en situación de discapacidad (Decreto N°201 de 2008).

Como se puede observar, se ha destacado a lo largo de esta breve exposición de la ley todas las hipótesis en donde se necesitaría la existencia de un diagnóstico previo como para que la mujer después pueda decidir y adentrarse en la causal, hipótesis fácticas que podrían en principio encausarse en los presupuestos de hecho para dar paso a la acción de *wrongful birth* junto a otras acciones de la misma naturaleza.

Además, se destaca la importancia de que exista manifestación de voluntad de la mujer embarazada en el sentido de asemejar la prestación abortiva a la de cualquier intervención médica sujeta al derecho a la información, fundamento que lleva a constituir daño legítimo en responsabilidad civil médica aparejado con el derecho vulnerado que haga relevante la obstaculización a la autodeterminación del paciente.

Sin embargo, se debe mencionar que en materia de presupuestos fácticos la acción de *wrongful birth* sólo puede desarrollarse en el supuesto de una enfermedad o discapacidad del feto. Es decir, en la legislación chilena una eventual acción de *wrongful birth* se vería encasillada exclusivamente en los supuestos fácticos de la segunda causal y más aún, circunscrita al listado de enfermedades congénitas definidas por la norma técnica N°197, que de por sí parece ser bien exigente. Esto, sin perjuicio que en el resto de las causales otras

acciones distintas al estatuto de *wrongful birth* y dentro de la prestación abortiva puedan ser aplicables en los hechos. Es claro entonces afirmar que existen numerosos obstáculos fácticos en la ley que podrían identificarse con un presupuesto de hecho del *wrongful birth*, pero que guardan ciertos indicios para su procedencia dependiendo el grado de dinamismo en las enfermedades comprendidas en la segunda causal.

Habiendo definido los presupuestos fácticos en la ley 21.030 junto la conceptualización y los paradigmas que se adentran en el *wrongful birth*, es necesario adentrarse en el análisis y dar un salto más profundo: se debe plantear el cuestionamiento por los presupuestos jurídicos que sirvieron de fundamento para la ley 21.030 y su identificación con los presupuestos básicos de la acción de *wrongful birth*, siendo éstos el *reconocimiento del derecho a abortar y la legitimación o despenalización de la conducta abortiva desde la perspectiva punitiva*, bases teóricas que analizaremos en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO II: NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CAUSALES EN LA LEY 21.030: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA PENAL

En el siguiente capítulo se analizará el cumplimiento del primer presupuesto básico de la acción de *wrongful birth*, el cual consiste en la despenalización o legalización de la interrupción del embarazo para contemplarlo como una prestación médica exigible al personal médico.

Para eso se precisará, en primer lugar, el concepto 'despenalización' como excepción al reproche penal de una conducta junto con determinar los alcances que este vago concepto acarrea; en segundo lugar, se identificará el alcance específico de 'despenalización' ocupado en la ley 21.030; y en último lugar, se identificará este nivel de despenalización elegido por el legislador dentro del sistema de derecho de daños para así delimitar correctamente las consecuencias que ésta precisión conceptual conlleva para admitir la procedencia o improcedencia del estatuto del *wrongful birth* en Chile.

II.1. Formas de extender el reproche penal: alcances generales.

Al analizar desde una perspectiva punitiva la ley 21.030, se debe identificar un punto de conexión entre el Derecho Penal y el Derecho de daños, en especial cuando se quiere afirmar la existencia de un daño legítimo indemnizable en el estatuto del *wrongful birth*.

El punto de conexión que responde a la pregunta sobre la legitimidad del daño en esta acción se encuentra de manera casi automática, basta ver simplemente el vocablo clave ocupado en la ley 21.030 que habla de 'despenalización'.

Desde ya es necesario aclarar por medio de acercamientos generales que una conducta 'despenalizada' no es lo mismo que una conducta 'legalizada'. Podemos definir como despenalización a una conducta que en principio sigue siendo reprochable, pero que en circunstancias excepcionales se permite admitir su licitud, mientras que legalización se puede definir como una conducta afianzada en el ordenamiento jurídico, llegando a ser una garantía asegurada por políticas públicas estatales.

Pero para responder a la pregunta del alcance de esa 'excepción', que implica 'despenalizar' una conducta, se hace necesario definir qué es 'despenalizar'. He allí el

problema, ya que la doctrina penal nacional ha notado que la ley 21.030 “emplea un concepto no técnico que simplemente expresa que en tales supuestos el aborto deja de ser punible, sin mayores precisiones”⁶³.

Así se ha determinado que esa excepción al reproche penal puede contemplar diversas extensiones si es que intentamos definir las con precisión técnico-jurídica. Por esto mismo se ha concluido que la despenalización como concepto puede tomar diversos roles, dependiendo de la precisión que realice el legislador de un ordenamiento jurídico determinado. Según la doctrina, ésta puede tomar la forma de “causa de atipicidad, de justificación, de exculpación o de exclusión de la punibilidad”⁶⁴.

La asignación de un rol determinado a la despenalización es relevante debido a que según el rol admisible en una legislación de despenalización abortiva se podrá admitir procedencia o improcedencia, de mayor o menor amplitud de legitimidad o licitud de la conducta abortiva desde un punto de vista punitivo.

Desde un nivel de reconocimiento de ‘licitud’ más débil, se debe mencionar primero la **excusa legal absolutoria** que en teoría del delito haría de éste una conducta típica, **antijurídica y culpable**, pero ‘excusada’. La razón de esta afirmación es que la excusa procede “por razones político-criminales o de conveniencia social”⁶⁵. Se dice que el reconocimiento de licitud en una excusa legal absolutoria es débil debido a que “el hecho siga [o sigue] siendo inequívocamente ilícito [y] explica la expresa subsistencia de la responsabilidad civil [o reproche civil], así como que el afectado pueda defenderse legítimamente incluso de modo violento, del ataque de su propiedad o patrimonio”⁶⁶.

Se puede observar que una excusa legal absolutoria puede eximir de responsabilidad penal al autor del delito, pero no necesariamente de responsabilidad civil dado que los fundamentos para el excluir el reproche penal al autor son distintos para excluir el reproche civil. Por ejemplo, en ciertos países como España, los cónyuges están exentos de responsabilidad criminal ante delitos patrimoniales que cometan entre sí, pero aun así están sujetos a la responsabilidad

⁶³ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2016. *La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causales de justificación*. En: CASAS BECERRA, L y LAWSON, D (Comp.). Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile. Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, p.239.

⁶⁴ OSSANDÓN WIDOW, M.M. 2012. Aborto y justificación. *Revista Chilena de Derecho* 39(2): p. 341.

⁶⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO (2016), Óp. Cit. p.240.

⁶⁶ *Ibíd.* p.240.

civil precisamente porque los motivos del legislador penal, en razón de la utilidad y justicia material, priorizan la prevalencia del vínculo excluyendo el reproche penal, mientras que el legislador civil aplica estándares diversos relacionados a la justicia correctiva que harían responsables a los cónyuges en este caso, permitiendo demandar uno al otro.

En el supuesto de la interrupción del embarazo, las razones político-criminales (cualesquiera sean) de la excusa legal absolutoria que eximan al médico o a la mujer como autores del delito los eximen de responsabilidad penal. Sin perjuicio de esto, esas razones político-criminales son sólo político-criminales, son razones específicas propias de la rama, no principios base de solidez amparados en un derecho que eximan a la mujer y al médico del reproche civil. Por esta razón, si ella y el profesional realizan una conducta que civilmente sigue siendo reprochable para ambos, difícil sería que la mujer pudiese tener legitimación activa en la acción civil que se está analizando, dado que estaría afirmando que sufre un daño al prohibírsele realizar una conducta reprochable civilmente, dado que la excusa legal absolutoria no cubre la eximición de reproche civil y sus fundamentos son estrictamente delimitados.

Avanzando en los niveles de despenalización hacia el reconocimiento de licitud de la conducta, debe tenerse presente la **exculpación o disculpa** que en los pilares propios de la teoría del delito harían de éste una conducta típica, **antijurídica** y no culpable. Su fundamentación se encuentra en “razones poderosas en virtud de las cuales se puede ‘comprender’, al punto de ‘disculpar’ al que lo ha perpetrado [refiriéndose al ilícito penal]”⁶⁷. En este caso, la conducta sigue siendo genéricamente ilícita, “la valoración que el ordenamiento jurídico hace de ella se mantiene inalterada (...) como el hecho sigue siendo ilícito, nada obsta a que subsista la responsabilidad civil por el mismo”⁶⁸ aludiendo a responsabilidad civil como el reproche civil que aplicaría tanto a la mujer como al médico en este caso.

La fundamentación a esto se encuentra en el hecho de que la disculpa alcanza a un juicio de valor de política criminal relativo a criterios subjetivos, a la intencionalidad o condición personal de quien lleva a cabo la conducta que se enjuicia y aprecia en concreto. La causal de exculpación no traza la diferencia entre lo permitido y lo injusto derivada de una colisión de derechos, sino que cuestiona si debe sancionarse penalmente una conducta socialmente errónea, contraria a derecho, debido a las circunstancias especiales del caso. Por eso, en el

⁶⁷ *Ibíd.* p.240.

⁶⁸ *Ibíd.* p.240.

supuesto de proceder la razón exculpatoria, persiste el reproche civil contemplándose la conducta como ilícita. Por lo que, en el supuesto de la acción civil que se analiza en esta investigación, el acto que el médico no permitiría hacer a la mujer no sería fundamento suficiente para una indemnización en favor de ésta, dado que lo que ella reclama a su favor sigue siendo antijurídico, reprochable o contrario a derecho.

Así, si las causales de despenalización fuesen entendidas como excusas legales absolutorias o exculpantes, se debería entender que la mujer embarazada no sería víctima en un juicio de responsabilidad civil, ya que el fundamento del daño en una eventual acción de *wrongful birth* interpuesta por ella se basaría en una obstaculización al ejercicio de un derecho basado en una conducta socialmente errónea que sólo se ve ‘excusada’ o ‘disculpada’ por razones que sólo cubren el juicio de valor del juez penal atendiendo al caso en particular. Por tanto, en ambos casos no se puede tener un daño resarcible en la acción de *wrongful birth*.

Sin embargo, hay situaciones en las que no se consideran ideales abstractos político-criminales o la mera subjetividad del autor de cierto comportamiento para eximirlo del reproche penal. Es posible que, bajo criterios objetivos que trasciendan a justificaciones prácticas de la disciplina penal se pueda despenalizar una conducta. Ese es el caso de las **causales de justificación** que en teoría del delito harían del éste una conducta típica, **justificada por el derecho** y no culpable. En este nivel se *suspende* el reproche penal y se excluye la antijuridicidad de la conducta. Esto implica que “la conducta en general prohibida se reconoce conforme a derecho”⁶⁹. Es aquí donde existe un “reconocimiento de que la persona que realiza la conducta **tiene el ‘derecho’ a realizarla, con lo cual simplemente pierde su carácter ilícito**”⁷⁰.

Esta afirmación para muchos no quiere decir que la conducta está ‘permitida’ o es ‘ineludiblemente lícita’ sino que está justificada en derecho, derivada esencialmente de la prevalencia de un derecho sobre otro en un supuesto de colisión entre éstos, los que en contexto de interrupción del embarazo contemplarían la autodeterminación sexual y reproductiva en contrapeso con el derecho a la vida o el deber del Estado de protección al que está por nacer. Por lo tanto, bajo la postura de los autores que aterrizan los conceptos desde el derecho penal, ya no se estaría aplicando una razón propia y exclusiva del ámbito criminal, sino un derecho que se puede aplicar en distintas ramas, y que afectaría el reproche civil.

⁶⁹ *Ibíd.* p.240.

⁷⁰ *Ibíd.* p.240. El destacado es propio.

Ahora, la medida en que una causal de justificación afecta al reproche civil se verá en unas líneas más adelante.

Una última e intensa extensión de legitimidad de una conducta desde el punto de vista punitivo se encuentra en la **atipicidad**, la cual derechamente excluye todo tipo de reproche ya que la conducta no puede encasillarse, sea por cuestiones formales o sustanciales, dentro de alguna categoría penal. Es decir, la atipicidad impide “traspasar el primer filtro o tamiz valorativo: el que permite concluir que la conducta de que se trata es un tipo de injusto, es decir, que corresponde a la clase de mal descrita en la ley penal”⁷¹, por tanto no habría reproche penal alguno que equiparar en el ámbito civil.

Lo que se busca transparentar aquí es que, en casos de despenalización entendida como causal de justificación o atipicidad, la conducta no se reprocha penalmente dado que existen razones de peso (prevalencia de un derecho o por no existir reproche alguno) que lograrían afectar en cierto alcance el reproche civil de la misma, y por tanto podrían en cierto modo constituir un fundamento para admitir la existencia de un daño resarcible en *wrongful birth*, dado que el acto despenalizado no es reprochado bajo ninguna circunstancia o está a lo menos justificado. Nuevamente, el alcance de esa afectación debe analizarse cautelosamente.

II.2. Extensión del reproche penal dentro de las causales de la ley 21.030.

Anterior a la entrada en vigencia de la ley 21.030 la doctrina penal nacional discutía sobre posibles hipótesis que despenalizaran la interrupción del embarazo a pesar de la ilegitimidad del aborto bajo cualquier circunstancia teniendo en cuenta el tenor de redacción del antiguo artículo 119 del Código Sanitario.

Ante la imposibilidad de encontrar una razón ‘despenalizante’ en la norma positiva la doctrina buscó en las reglas generales, considerando los preceptos del Código Penal y principios básicos de teoría del delito para poder eximir de reproche penal a la interrupción del embarazo, sobre todo en el ámbito de la indicación terapéutica.

⁷¹ POLITOFF, S y MATUS, J.P y RAMÍREZ, M.C. 2003. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 183-207.

Entre el vasto campo de análisis posibles, consta destacar que en el proceso legislativo se tomaron en cuenta gran parte de las alternativas vistas en el acápite anterior para determinar en qué alcance se despenalizaría la interrupción del embarazo en Chile.

En primer lugar, se observó la hipótesis de **atipicidad**, la cual se encuentra fundamentada en la existencia de un deber de solidaridad de la mujer embarazada el que, bajo el juicio de ponderación realizado por el juez, resulta imposible de soportar por parte de la mujer atendiendo a necesidades y derechos básicos que se ven afectados con la mantención del embarazo. WILEMANN (2013) analiza el resultado que derivaría de esta ponderación (el cual implicaría indiscutiblemente una hipótesis de atipicidad) citando las normas relativas a deberes de solidaridad por necesidad⁷², afirmando que “la norma de comportamiento no es extensiva a las situaciones en que el cumplimiento del deber de solidaridad implica ‘detrimento propio’⁷³, añadiendo que la mujer embarazada posee una obligación de solidaridad especial ya que asume una posición de garante ante el feto que influye y altera su integridad y salud. Por eso “sólo en las situaciones en que la posición de garante es justificable (...) puede la mujer ser responsable del delito de aborto”⁷⁴. Es allí donde reconoce el hecho de que “cuando los deberes que se derivan del tipo son inexigibles, la mujer simplemente **no puede realizar el tipo de aborto**”⁷⁵, aludiendo que la única alternativa para despenalizar sería reconociendo atipicidad ya que en casos como el aborto directo terapéutico⁷⁶ no habría fundamentación en reafirmar el tipo penal del artículo 344 del Código Penal.

Es más, la postura inclinada hacia la atipicidad fundamenta que también ésta puede extenderse al profesional médico. Justifica esta inclinación que “no se trata de la existencia de una permisión que desplaza la prohibición original, sino que la prohibición simplemente no es aplicable: no se cumplen las condiciones exigidas por el sistema para que ésta sea válida. Por ello, incluso respecto del médico en estas circunstancias, el artículo 119 CS [Código Sanitario] es irrelevante”⁷⁷. Por tanto, según esta parte de la doctrina penal nacional, al no haber fundamento plausible para imponer un deber de solidaridad especial a la mujer embarazada,

⁷² En específico el N°14 del artículo 494 del Código Penal Chileno, el cual dispone: “Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: (...) 14.- El que no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en des poblado herida, maltratada o en peligro de perecer, **cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio**”. El destacado es propio.

⁷³ WILEMANN, J. 2013. El consentimiento de la mujer y el sistema de del delito de aborto. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 40: p.306-307.

⁷⁴ *Ibíd.* p.310.

⁷⁵ *Ibíd.* p.310.

⁷⁶ *Ibíd.* p.311.

⁷⁷ *Ibíd.* p.317.

la única solución sería la atipicidad. Y como la fundamentación del delito no existe, ésta tampoco es imputable al personal médico en sede civil, atendiendo a la situación de la mujer en el caso en particular que se relacionaría más que nada a la actual indicación terapéutica dispuesta en la ley 21.030.

Otros autores han argüido que más que atipicidad, la despenalización de la interrupción del embarazo se encuentra relacionada a **causales genéricas de justificación** dispuestas en el Código Penal chileno (artículo 10). Entre sus grandes exponentes se puede mencionar al profesor BASCUÑÁN, quien afirma que la atipicidad no debe ser una solución debido a que en el contexto de aborto la atipicidad significaría reconocer una autonomía sexual plena de la mujer, lógica que iría contra la estructuración del tipo del artículo 344 del Código Penal. En este sentido, indica BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2004): “Reconocer a la mujer embarazada autonomía para decidir acerca de la muerte del feto es negar la prohibición del aborto consentido. Pero la existencia en esa prohibición en el nivel de la regulación legal, expresada en los artículos 342 N°3 y 344 del Código Penal, y en el actual artículo 119 del Código Sanitario, no pueden dejar de producir efectos en la configuración de la *lex artis*. Este es el origen del problema: desconocerlo no es solucionarlo”⁷⁸.

Esta postura entiende que existe una razón establecida en el tipo que debe servir de utilidad punitiva, sin perjuicio de justificar la existencia de un deber de solidaridad especial de desproporcionada tolerancia por parte de la embarazada en casos de riesgo vital. Aquí “la consideración diferenciada del interés de la autonomía de la mujer como límite a la ponderación de intereses a favor de la vida del feto”⁷⁹ juega un rol fundamental y en tal contexto reconoce que “tratándose del caso de peligro actual o inminente para la vida de la mujer embarazada puede prescindirse de las consideraciones del principio de autonomía como constreñimiento deontológico, porque basta con la aplicación de los estándares de ponderación de equivalencia y estricta necesidad del medio, propios **del estado de necesidad justificante**”⁸⁰. Asumiendo la doctrina que en contexto de interrupción del embarazo se estaría en presencia de una causal de justificación genérica dentro del Código Penal, en específico, el estado de necesidad (artículo 10 N°7 del Código Penal).

⁷⁸ BASCUÑÁN RODRIGUEZ, A. 2004. La ilicitud del aborto consentido en el Derecho Chileno. *Revista Derecho y Humanidades* (10): p.163.

⁷⁹ *Ibíd.* p.173.

⁸⁰ *Ibíd.* p.174. El destacado es propio.

Finalmente se debe considerar una tercera rama considerada por parte de la doctrina penal nacional, la cual asumía que las voces ‘maliciosamente’ y ‘consentimiento’ centraban el reproche penal dependiendo de la intención del facultativo de la salud y de la embarazada donde “parecería ser expresivo de una exigencia de conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento. La exigencia del texto legal permitiría, por consiguiente, fundamentar una causal de exculpación por error de prohibición”⁸¹ por tanto se inclinó hacia la posibilidad de encausar la despenalización de la interrupción del embarazo en forma de **causales de exculpación o de disculpa**.

Estas fueron las tres posturas que marcaron el alcance de ‘despenalización’ de la interrupción del embarazo, que de por sí no se encontraban dispuestas en ninguna ley, sino que inevitablemente correspondería al tribunal calificar casuísticamente la posibilidad de admitir atipicidad, justificación o exculpación.

A pesar de que hasta este punto el panorama pareciera ser indefinido, resultó quedar en evidencia que la doctrina penal nacional se inclinó por la segunda tesis, es decir la doctrina penal mayoritaria “entiende que el aborto terapéutico sin distinciones sigue siendo lícito conforme a causales generales de justificación”⁸².

Así se puede entender que antes de la entrada en vigencia de la ley 21.030, la forma mayoritaria de despenalizar la interrupción del embarazo era por medio de una causal genérica de justificación dentro del Código Penal⁸³, mayoritariamente encasilladas en el estado de necesidad justificante. Esto no hace más que reafirmar el deseo de la doctrina penal chilena a adaptarse al contexto internacional ya que “en aquellas legislaciones en que se excluye la punibilidad del aborto por razones terapéuticas, esta situación es mayoritariamente considerada un supuesto especial de estado de necesidad justificante, aunque con requisitos parcialmente diversos del estado de necesidad general”⁸⁴.

⁸¹ *Ibíd.* p.146.

⁸² HERNÁNDEZ BASUALTO (2016) *Óp. Cit.* p.232.

⁸³ Así ETCHEBERRY (1998), GARRIDO (2010), BULLERMORE Y MACKINNON (2005), y MATUS Y RAMIREZ (2014). La recopilación de esta doctrina es realizada en función del entendimiento de la despenalización como causales genéricas de justificación, las cuales han buscado asemejarse a la legítima defensa, ejercicio legítimo de un derecho, y, mayoritariamente, al estado de necesidad justificante. Para las obras involucradas en esta recopilación, Véase: HERNÁNDEZ BASUALTO, (2016) *Óp. Cit.* p.232, nota el pie número 10 del documento citado.

⁸⁴ OSSANDÓN WIDOW (2012) *Óp. Cit.* p.340. Agregamos que la misma autora apunta que las diferencias del estado de necesidad justificante con el aborto son, “por el hecho de que el peligro no es actual o inminente, o al menos, no tiene la urgencia propia de una situación de necesidad; y, además, porque requiere que la intervención sea realizada por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada. Pese a esas diferencias, el aborto no

No es sorprendente entonces evidenciar que a la vigencia de la ley 21.030 el nivel de despenalización elegido se ha mantenido en cierto sentido. Esto porque dentro de las discusiones planteadas ante el Tribunal Constitucional durante la tramitación del Boletín N° 9.895-11 de la ley 21.030, que discutió la constitucionalidad de la misma ley, se barajó durante toda la tramitación la segunda y tercera tesis de despenalización (es decir, la exculpación y la justificación). Finalmente, el voto de mayoría definió la despenalización de la ley como causales de justificación, causales que no serían de cualquier naturaleza, sino que, al estar dentro de una clara delimitación normativa, se encontrarían dentro de **causales de justificación específicas**.

Esto guarda completa coherencia con la tendencia mayoritaria de la doctrina penal, ya que ésta estimaba que “la consideración de indicaciones para un aborto no punible como causas de justificación es la única coherente con una política pública que asume como deber estatal la protección de la salud y la dignidad de la mujer que decide abortar”⁸⁵, mismo argumento que fue utilizado por el voto de mayoría en la materia añadiendo que “corresponde al Estado y los particulares otorgar las prestaciones de salud en el caso del aborto en las causales despenalizadas, considerando que se verifica una afectación a la vida e integridad física y psíquica. La protección de la salud es un derecho constitucional que permite garantizar el derecho a la vida; 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”⁸⁶.

Aún más, si el voto de mayoría no parece ser convincente para reconocer la constitucionalidad de la naturaleza jurídica de causales de justificación en las indicaciones de la ley, podrá ser suficiente considerar que el voto disidente afirma la misma idea en la siguiente conclusión: “la objeción al aborto se inserta dentro de la regulación constitucional y legal: (...) Que, en este entendido, la ley introdujo **tres causales de justificación** al aborto las que esta magistratura estimó constitucionales”⁸⁷, afirmación que fue base de crítica por el voto disidente ya que para éste “el medio más idóneo para lograr el propósito de salvar la vida de la madre,

punible por motivos terapéuticos reconocería como fundamento el estado de necesidad y produciría sus mismos efectos” (p.340).

⁸⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO (2016) Óp. Cit. p.241

⁸⁶ CHILE. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea] sentencia rol 3729-17 de 28 de agosto [consulta: 20 abril 2018]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=3515> Considerando °103. El destacado es propio.

⁸⁷ Ibíd. [en línea] El destacado es propio.

aunque se genere como efecto la muerte del feto, habría sido la consagración de una ‘causa de exculpación genérica’ **y no una ‘causa de justificación’ como lo proyecta el proyecto examinado que suprime la ilicitud de la conducta**⁸⁸.

Se considera que las causales de justificación de la ley sobresalen del mero encasillamiento al estado de necesidad justificante del Código Penal, debido a que delimitan y enumeran mayor número de supuestos, ya que el estado de necesidad justificante pensado por la doctrina era sólo para responder a la hipótesis del aborto terapéutico (primera causal). Además, porque un sistema de indicaciones como el actual en Chile, bajo reconocimiento expreso de su naturaleza jurídica como causales de justificación, se asemeja a la tendencia comparada⁸⁹ ya que, “como muestra el derecho comparado en cualquier Estado que se haga cargo genuinamente de la situación de la mujer que enfrenta un embarazo no deseado, el régimen penal del aborto por decisión suya no queda entregado a la simple aplicación de las reglas generales, sino que se aborda en una regulación especial”⁹⁰.

II.3. Consecuencias que genera la extensión del reproche penal en la ley 21.030 dentro del sistema *wrongful birth*.

Es lógico preguntarse por qué es necesario analizar discusiones de ramas del derecho ajenas al derecho civil dentro del derecho de daños y la acción de *wrongful birth*. Todo esto se resume en el hecho que la línea divisoria entre una conducta reprochable o no podría ser modificada con la existencia de una causal de justificación, la cual podría generar una gravitante influencia en materia de responsabilidad civil, en específico para delimitar la entidad del daño.

Esto se debe a que, en relación a lo referido anteriormente, la causal de justificación se basa en la idea de sopesar derechos cuya existencia no depende de alguna rama determinada, a diferencia de las excusas legales absolutorias y exculpatorias que dependen del análisis casuístico o de razones de utilidad que solamente son vistas desde el razonamiento político criminal. Por tanto, al hablar de derechos se observarían consecuencias que ineludiblemente

⁸⁸ *Ibíd.* [en línea] El destacado es propio.

⁸⁹ Los Estados que conforman esta tendencia comparada son principalmente el sistema alemán, español, italiano, portugués, austriaco, suizo, entre otros. Véase: HERNÁNDEZ BASUALTO (2016) *Óp. Cit.* pp. 244-249.

⁹⁰ *Ibíd.* p. 237.

afectarían al reproche de cada rama del derecho relacionada al acto despenalizado. Ahora, en qué medida afectaría, y en específico en materia civil, es lo que se verá a continuación.

Esta idea debe aterrizar al contexto de aborto y la acción de *wrongful birth*: La mujer reclama como daño a indemnizar la obstaculización en el ejercicio de un acto despenalizado o legalizado por el derecho, en específico: el aborto. Ahora, si el aborto es un delito tipificado no hay una acción cuya obstaculización en su ejercicio podría ser indemnizable ya que es expresamente antijurídica y ya se había visto que un daño legítimo es aquel que 'no es antijurídico'. Por eso cuando se tiene un tipo penal claramente descrito hay antijuridicidad explícitamente reconocida siendo imposible admitir un daño indemnizable. Esta estructura parece ser simple, pero ¿podría ser afectada en presencia de una causal de justificación? Si bien se entiende su estructura en responsabilidad penal ¿qué consecuencias generan en el derecho de daños?

La doctrina penal ha intentado adelantarse para encontrar el punto de conexión en ambas responsabilidades (penal como civil). HERNÁNDEZ BASUALTO (2016), quien ha aludido a la naturaleza de las indicaciones de la ley 21.030 como causales de justificación, ha concluido que "las consecuencias de este efecto justificante deben ser, como es obvio, diametralmente diferentes a las de una excusa legal absolutoria (en virtud de la cual sólo se prescinde de la reacción penal por razones de conveniencia práctica) o de una causa de exculpación o disculpa (en virtud de la cual se prescinde del reproche jurídico penal, pero sin desconocer el carácter ilícito del hecho). **Si el hecho es lícito lo es para todos y para cualquiera, de modo que cualquier interviniente en el mismo no hace más que actuar de modo completamente legítimo, lo que explica que no pueda dar lugar a responsabilidad civil**"⁹¹, esto en el sentido que ni el médico ni la mujer serían responsables por la interrupción del embarazo en sí misma, tanto desde la perspectiva penal como civil. A juicio de este autor, el hecho de que exista un 'efecto justificante', según sus palabras, generaría una conducta legítima e inclusive lícita.

Lo relevante de la afirmación anterior es que, bajo esta interpretación, si el titular de la acción de *wrongful birth* invoca daños generados por errores u omisiones derivadas de la interrupción del embarazo circunscrito a alguna causal de justificación en la ley, éste o ésta tendría un daño legítimo dado que la conducta no es antijurídica, sino justificada por un

⁹¹ *Ibíd.* pp.240-241. El destacado es propio.

derecho: el derecho a la autodeterminación del paciente, aparejada con el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva que comprenderían ese 'efecto justificante'. Estos derechos serían razón suficiente para excluir el reproche penal como civil del aborto en sí mismo y legitimaría la acción de *wrongful birth* en Chile, al menos bajo el primer requerimiento de despenalizar o legalizar la interrupción del embarazo como se está analizando en este capítulo.

Sin embargo, se verá que una causal de justificación no necesariamente transforma el acto ilícito en lícito civilmente hablando. Todo dependerá del rol absolutorio que tenga o no la causal de justificación en la responsabilidad civil, y en este alcance no existe una respuesta única e incuestionable.

Por ejemplo, autores como CORRAL o BARROS, han dado a la causal de justificación un rol absolutorio. CORRAL afirma que la causal de justificación excluiría la antijuridicidad, razonando de manera similar a la perspectiva penal antes analizada por HERNÁNDEZ BASUALTO. BARROS, por su parte, propone que la causal de justificación es un elemento que negaría la existencia de culpa por parte de quien realiza el acto, faltando así un requisito de responsabilidad civil, lo que de por sí excluiría el reproche. En ambos casos entonces la causal de justificación controvertiría el carácter ilícito de la conducta.

Aun así, llama la atención que en contexto de interrupción del embarazo ambos autores lleguen a conclusiones distintas.

CORRAL (2017) ha estimado que no es posible aceptar un daño indemnizable en favor de la víctima de una eventual acción de *wrongful birth* en Chile, inclusive si se está en presencia de casuales de justificación, dado que "aunque hubiera negligencia médica en la información sobre la procedencia de un aborto o en su misma práctica, **ella no habría perturbado o impedido ejercer ningún derecho de la mujer** ni tampoco habría lesionado ningún interés legítimo de esta, puesto que la despenalización de esta conducta libera del reproche penal, pero no es suficiente para que la conducta abortiva sea considerada lícita desde el punto de vista civil"⁹².

⁹² CORRAL TALCIANI, H. 2017. *Ley de aborto y responsabilidad civil: ¿casos de wrongful birth y wrongful life en Chile?* [en línea] El Mercurio Legal. 8 de noviembre, 2017. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/11/08/Ley-de-aborto-y-responsabilidad-civil-casos-de-iwrongful-birthis-y-iwrongful-lifei-en-Chile.aspx?disp=1>> [consulta: 3 abril 2018]

Tal conclusión parecería ser contradictoria, pero no lo es. Dado que, a juicio de CORRAL, la acción de *wrongful birth* además de la despenalización o legalización necesita de un derecho a la interrupción del embarazo o la autonomía sexual y reproductiva, si es que ambos derechos se consideran sinónimos, y concluye que en Chile no se admitiría este derecho. Además, bajo su perspectiva, interponer una acción que afirme algo similar al *wrongful birth* implicaría ver la vida de un ser como un daño en sí mismo, lo que sería un sin sentido.

A pesar de la lógica de tales conclusiones, las afirmaciones sobre los sinsentidos o derechos en juego del autor pueden ser puestas fácilmente en cuestionamiento, como se verá en los siguientes capítulos.

BARROS (2010), por su parte prevé esta situación no concluyendo necesariamente lo mismo, planteando que "(...) En los órdenes intermedios de regulación puede ocurrir que el aborto no sea plenamente sancionado, pero que cuando se frustra (...) **dé lugar a responsabilidad civil**, porque de ello no se sigue su licitud, **salvo en los casos especiales que resulte excepcionalmente admisible**"⁹³. El profesor BARROS llega a una conclusión diversa a CORRAL, porque al momento de realizarse estas declaraciones la ley no entraba si quiera en discusión a nivel país. Aun así, vale la pena demostrar que no hace un tratamiento especial de la interrupción del embarazo bajo su teoría. Es decir no da especial atención a los derechos y discusiones éticas con tal que se adhieran a su fórmula, por lo que en toda arista permitiría interponer en principio la acción de *wrongful birth* en Chile, al menos en lo relacionado al carácter absolutorio de la causal de justificación.

BARROS, como se adelantó anteriormente, opina que una causal de justificación excluye la culpabilidad como presupuesto de responsabilidad civil⁹⁴. El profesor afirma que "en el ámbito del derecho civil, sin embargo, debe considerarse que las causales de justificación no excluyen la pena, sino la obligación indemnizatoria"⁹⁵. El porqué de esto comprende que "las causales de justificación se fundan en un sopesamiento de bienes jurídicos (...) el sopesamiento de bienes e intereses opera al tratar la ilicitud de la conducta de una manera muy semejante a las causales de justificación: una conducta que prima facie puede parecer ilícita, es tenida por correcta atendidos los otros bienes o intereses en juego"⁹⁶. Esta es la típica lógica de la causal de justificación del estado de necesidad, la que está íntimamente

⁹³ BARROS BOURIÉ (2010) Óp. Cit. p. 368. El destacado es propio.

⁹⁴ *Ibíd.* p.132.

⁹⁵ *Ibíd.* p.126.

⁹⁶ *Ibíd.* p.133.

relacionada al contexto abortivo, tal como se ha podido demostrar en la inclinación doctrinaria del derecho penal antes de la ley 21.030 (primera parte del acápite II.2). En el estado de necesidad justificante, según BARROS, “actúa sin culpa quien ocasiona un daño para evitar otro mayor. El estado de necesidad es una excusa que se basa en la desproporción de los bienes comprometidos por la acción: la víctima soporta un daño que es substancialmente menor al daño actual o inminente que el autor pretende evitar”⁹⁷.

Por tanto, bajo el entendimiento de BARROS, la causal de justificación puede excluir la ilicitud de una conducta porque el autor del ilícito civil ha generado un daño que no es culpable, ya que cualquier persona en esa misma situación hubiese decidido generar un daño a otro (en el caso de *wrongful birth*: abortar) para hacer prevalecer derechos superiores (vida, integridad física y psíquica, salud y, dignidad de la mujer embarazada por sobre interés público de protección del que está por nacer).

Sin embargo, no todos los postulados básicos de responsabilidad civil atienden al mismo presupuesto. Es decir, no todos opinan que la responsabilidad civil se basa del deber de indemnizar como supuesto de segundo orden ante otro deber primario como BARROS, o que derechamente la antijuridicidad de un hecho, por más que se encuentre fundamentada en un derecho en una causal de justificación, conlleve a un actuar legítimo civilmente hablando, como CORRAL, sin perjuicio de que pueda generar algún efecto distinto.

PAPAYANNIS (2014), por ejemplo, afirma que “el deber de diligencia [en donde existe culpa] no es simplemente un deber de obrar conforme las razones no derrotadas, con las que tengan mayor peso relativo en el caso concreto [como lo es en el caso de las causales de justificación]. Un deber como este es solo una exigencia de racionalidad. El deber de diligencia, en cambio, es un deber jurídico muy concreto, aunque recibe una formulación genérica y, a veces, vaga. Básicamente, nos ordena tomar medidas razonables, en las circunstancias, para proteger los intereses de otros”⁹⁸, por lo que la causal de justificación no excluye la culpa y no necesariamente exime del reproche civil. La responsabilidad según PAPAYANNIS funciona al alero del interés de no dañar a otros y no en la maximización de bienes mayores. Por esta misma razón que la conducta sea justificada no extingue necesariamente el carácter ilícito de la misma.

⁹⁷ *Ibíd.* p.139.

⁹⁸ PAPAYANNIS, D. 2014. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid. España, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. (Colección Filosofía y Derecho), p.180.

¿Quiere decir esto que la postura de parte de la doctrina anteriormente planteada es la correcta y de todas maneras no hay daño indemnizable en favor de la mujer? no necesariamente. PAPAYANNIS, si bien estructura la idea de que la conducta sigue siendo ilícita, está justificada por el derecho. Por lo tanto, no niega la idea de que algún efecto se generaría en la responsabilidad civil.

En razón de esto, el autor ilustra que el derecho de daños está compuesto por dos deberes: el deber de no dañar a otro (que es el que define la licitud de la conducta), y un deber a resarcir (que determina el derecho a ser indemnizado o no). Ante una causal de justificación, se reduciría el monto indemnizatorio, sin perjuicio de que el juicio civil de una conducta ilícita, pero justificada persistiría. PAPAYANNIS entiende que una causal de justificación es como una excusa cancelatoria, “no cancelan las razones primarias implicadas de los deberes jurídicos, sino la protección de que gozan. (...) Las causales de justificación cancelan las razones excluyentes. Una vez canceladas, todavía subsisten las razones de primer orden, (...) pero al no tener más protección compiten con otras razones que recomiendan lo contrario. El agente racional debe obrar por razones no derrotadas. Si las razones para no superar el límite [establecido por el deber primario de no dañar a otro] son más fuertes que las razones opuestas, entonces **el agente debe, como cuestión de racionalidad, respetar el límite, porque esas razones no han sido derrotadas. En caso contrario, debe superarlo**⁹⁹.

Por eso es necesario analizar, en el caso de la interrupción del embarazo, la ponderación realizada por la mujer, porque los criterios de razonabilidad de las causales están determinados según el peso de esos derechos en juego. Si el peso de los intereses que la mujer tomó en cuenta para optar a abortar es mayor que los intereses tras la decisión o la opción de no abortar, hay derechos subjetivos de fuerte respaldo por el ordenamiento jurídico que permiten fundamentar un daño resarcible, en el caso de concurrir los presupuestos fácticos ya muy limitados en la ley 21.030 para admitir la acción de *wrongful birth*.

Aun así, es necesario hacer una distinción: una cosa es realizar esta ponderación en razón del estatuto general de responsabilidad civil, y otra es realizar la ponderación en la acción de *wrongful birth*. En la segunda, como bien se mencionó anteriormente, se requiere de dos pilares básicos: la despenalización o legalización y un derecho determinado, no un mero interés como lo hace la responsabilidad civil general. Por lo que la segunda podría admitir, en

⁹⁹ *Ibíd.* p. 177.

palabras de PAPAYANNIS, esas razones 'no derrotables' para que la causal de justificación cancele los argumentos en contra de la realización del acto. No así la primera (acción común), dado que un mero interés no es razón de peso para cubrir la justificación, es genérico y podría dar otras razones de contrapeso que la hagan 'derrotable'. Es bajo esta idea que el análisis debe ser aludiendo al *wrongful birth*.

Así debe plantearse lo siguiente: una causal de justificación (como la indicación embriopática o de inviabilidad fetal) obliga a la mujer a ponderar sus derechos con los intereses públicos de proteger al feto, de la misma manera que se hace en el estado de necesidad. Esta causal, fundamentada por razones de política pública, le permite respaldar su decisión de dañar al feto sin ser recriminada penalmente y, si bien en principio es responsable civilmente, ella como cualquier ser humano en tal situación, ha tomado una decisión razonable, por tanto en los hechos deja de ser responsable civilmente ya que no está obligada resarcir a nadie y así, si le obstaculizan realizar este ejercicio de ponderación pudiendo hacerlo en los hechos producto a un error de diagnóstico, no tiene obstáculos legislativos para reclamar un daño resarcible.

Ahora, traduciendo esto al médico, sucedería algo similar en atención a que el aborto en sí mismo es una conducta justificada por el derecho bajo el mismo razonamiento aplicado a la mujer. Por tanto, el daño generado por el mero hecho de realizarlo no es resarcible porque éste tiene razones 'no derrotables' que lo justifican. Sin embargo, la conducta sigue siendo reprochable 'en el mundo' permitiendo el reproche civil de aquel que lleve a cabo actos que no cubran esas razones para justificar la conducta, como en el caso de error u omisión de diagnóstico que impide a la mujer realizar esta conducta justificada dado que le sigue siendo oponible el deber de no dañar a otro. El derecho que se sopesa para derrotar las razones contrarias a la interrupción del embarazo justificando la conducta en principio ilícita, no cubre los actos negligentes o dolosos que se generen en contexto de la interrupción del embarazo, no son justificadas, son derrotables y el deber primario le es oponible y lo castiga.

Estos razonamientos evidencian que, si bien existe discordancia en la doctrina civil respecto al alcance del efecto de una causal de justificación en la responsabilidad civil, aún existen posibilidades para aterrizar la discusión respecto a la procedencia de la acción de *wrongful birth*.

En conclusión, es posible determinar que, entre los distintos niveles de eximición de reproche penal, la ley 21.030 optó por causales de justificación para determinar la naturaleza

de las indicaciones dentro de este cuerpo legal. Decisión que guarda completa concordancia con la recepción que ha tenido la despenalización en el derecho comparado y la inclinación mayoritaria de la doctrina penal chilena antes de la vigencia de esta misma ley.

Este reconocimiento implica que la mujer puede invocar un daño indemnizable. Por un lado, basado en la eliminación de antijuridicidad o la exclusión de culpa como CORRAL y BARROS, o por existir un hecho ilícito pero justificado por un contrapeso de razones no derrotables que cancelen las razones contrarias en la realización de un acto ilícito, tal como lo hace PAPAYANNIS. Estas conclusiones, por más que se presenten dispares, siguen siendo coherentes con la razón por la cual el reproche penal se excluye, dado que en cualquiera de estos razonamientos se va la misma idea: existe una ponderación de derechos que, por cuestiones de peso, primarán sobre los intereses que fundamentan el tipo penal que sigue vigente en el ordenamiento jurídico dando legitimidad activa a quien accione eventualmente invocando el *wrongful birth*. Esto quiere decir que independiente la postura doctrinaria civil o penal que se tome, siempre el razonamiento sobre el daño indemnizable decantará en la fuerza o peso de los derechos que están detrás del acto abortivo.

Por tanto, la despenalización o legalización del aborto como requisito de la acción de *wrongful birth* podría ser procedente, pero en atención a las limitaciones y especificidades de cada estatuto que dependerán de los derechos en conflicto que puedan hacer la acción procedente.

Allí es donde la investigación decanta a lo que autores de la doctrina penal como civil refieren: los derechos. Por esa misma razón la doctrina del *wrongful birth* en términos generales no se afianza con la despenalización o legalización solamente, sino que también depende del reconocimiento del derecho de la mujer a abortar porque bajo ciertas posturas se lleva a cabo una conducta ilícita civilmente, pero justificada por parte de la mujer por criterios de razonabilidad objetivos que la eximen del deber de resarcir producto a derechos de gran peso que justifiquen (por medio de la causal de justificación) el ilícito y fundamenten el daño reclamado por ésta.

Es por esto que se observará en los países en donde es viable la acción de *wrongful birth* el reconocimiento de un derecho específico de peso como el derecho a abortar o la autodeterminación sexual y reproductiva aparejada a la despenalización, debido a que los estatutos penales y civiles de cada uno de estos países son conscientes de que todo

dependerá de los bienes jurídicos en juego al momento de legitimar o justificar una conducta que en principio sería reprochable.

Por todo esto se hace necesario responder a la pregunta sobre si existe un derecho a abortar en Chile, ya que es condición necesaria para la acción de *wrongful birth* y será el derecho subjetivo con suficiente peso para admitir un daño resarcible en esta delimitada y específica construcción de la acción de nacimiento injusto. Es este cuestionamiento el que se revisará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III: ¿EXISTE UN DERECHO A ABORTAR EN CHILE? ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

En el presente capítulo se analizará a la luz del derecho comparado, si es que existe un derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva en Chile. Es aquí donde se notará que, en virtud de la construcción legislativa y jurisprudencial comparada, es necesario un reconocimiento expreso de este derecho. Cuestión que no se observa en Chile sobre todo teniendo en cuenta los alcances que el Tribunal Constitucional chileno realizó el año 2015 al evaluar la constitucionalidad de la ley 21.030.

Esta parte iniciará con una conceptualización al derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva y la forma de reconocimiento que tiene en el derecho extranjero. En una segunda parte se revisarán las discusiones que existieron en relación al reconocimiento de este derecho en Chile a la vigencia de la ley 21.030. Y, en tercer lugar, se concluirá que el sistema jurídico chileno no reconoce un derecho a abortar a pesar de que el reconocimiento es tendencia en el derecho extranjero, lo que influye con creces al momento de determinar un daño indemnizable en una eventual acción de *wrongful birth* en Chile.

III.1. Reconocimiento del derecho a abortar en el derecho extranjero.

Ya se había mencionado en el primer capítulo que un daño indemnizable en responsabilidad civil nace de una concreción flexible y de faz negativa¹⁰⁰, sin perjuicio de reconocer positivamente derechos subjetivos para dar una guía sobre la resarcibilidad del daño. En el estatuto de *wrongful birth* ese derecho se reconoce en la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer, el cual se verifica en “la privación de la posibilidad de la madre de decidir en torno a la interrupción legal del embarazo con todas las consecuencias que ello conlleva, lo que constituye una lesión de su derecho a la dignidad personal y al principio de libre desarrollo de su personalidad”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Para aclarar según lo recopilado de capítulos anteriores: ‘concreción flexible’ refiere al daño como un interés patrimonial relevante para ser indemnizado y no necesariamente derechos subjetivos positivos o fundamentales, mientras que ‘faz negativa’ se refiere a la definición de daño legítimo bajo la voz negativa de ser cualquier daño que no sea ilegítimo.

¹⁰¹ GÓMEZ BERNALES, G. 2015. *Informe: sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*. [en línea] Santiago de Chile. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=65187> [consulta: 5 julio 2018]

Son entonces el derecho a la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad las directrices para construir un concepto de 'derecho al aborto'. Sin embargo, estas directrices están lejos de definir con claridad un único concepto en esta materia. Se podrá observar que existen considerables 'subdivisiones' en el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva. Así, se ha intentado distinguir la autodeterminación de la elección, y de la decisión con la garantía del acceso a la prestación abortiva¹⁰², pero ¿serán estas subdivisiones definitivas para consagrar un daño resarcible en la acción de *wrongful birth*?

III.1.a. Alcances generales del derecho de autodeterminación sexual y reproductiva

Amnistía Internacional ha realizado esta subdivisión de derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva distinguiendo entre elección, autonomía, autodeterminación y la concreción de todas éstas en el sistema de salud. Elección se define como el "derecho a tomar decisiones informadas sobre lo que hacemos con nuestros cuerpos y nuestras vidas"¹⁰³; autonomía como "el estado de ser capaces de tomar decisiones y hacer elecciones sin presiones externas ni violencia, mental o física"¹⁰⁴; y autodeterminación como la "capacidad para tomar decisiones sobre nuestras identidades y nuestro futuro, definir por nosotros mismos quiénes somos y quiénes deseamos ser sin el control de personas o fuerzas externas"¹⁰⁵.

Luego de definir estas subdivisiones, de todas maneras Amnistía las une estableciendo que toda persona tiene derecho a tomar decisiones y tener control sobre su salud, su cuerpo, sexualidad y reproducción, sin temor a sufrir castigo, represalia, discriminación o violencia¹⁰⁶.

Es necesario mencionar esta serie de conceptos que claramente se encuentran conectados en un denominador común: prestaciones en el sistema de salud. Todo porque esta sistematización muestra el elemento adicional que necesita la garantía de autodeterminación del paciente en el contexto de constituir un daño resarcible en la vulneración del derecho a la autodeterminación reproductiva propio del contexto del *wrongful birth*, tal como se mencionó en el primer capítulo al contextualizar el daño resarcible por vulneración al derecho a la información a la vigencia de la ley de derechos y deberes de los pacientes¹⁰⁷.

¹⁰² Esta subdivisión se verá en profundidad más adelante al analizar en profundidad la experiencia comparada.

¹⁰³ AMNISTÍA INTERNACIONAL ARGENTINA. 2015. *Elección, Decisión, y Autodeterminación*. [en línea] <<http://www.midecision.org/modulo/eleccion-autonomia-autodeterminacion/>> [consulta: 28 octubre 2018]

¹⁰⁴ *Ibíd.* [en línea]

¹⁰⁵ *Ibíd.* [en línea]

¹⁰⁶ *Ibíd.* [en línea]

¹⁰⁷ Se había previamente mencionado que el derecho a la autodeterminación del paciente por sí solo como derecho único en el detrimento de la responsabilidad civil no es fundamento de peso suficiente para admitir el daño

Ahora esta garantía de elección, decisión y autodeterminación en el contexto sexual y reproductivo dependerá del alcance que le dé la norma dentro de un sistema jurídico determinado. Es más, Amnistía concluye que “desgraciadamente, nuestra libertad para tomar estas decisiones puede ser cuestionada o controlada por diversos actores: familias, gobiernos, profesionales de la medicina o autoridades religiosas, entre otras, en todo el mundo”¹⁰⁸. No es irrelevante mencionar que la doctrina constitucional ha notado esta intermediación restrictiva de la legislación de cada Estado que ha limitado bajo diversas vías la autodeterminación en materia reproductiva, “dado que sacude esquemas normativos muy arraigados respecto a los sistemas de género y particularmente, al rol estereotípico que se construye sobre las mujeres, que está profundamente asociado a la maternidad. En este sentido se observa que existe una fuerte reacción a la concreción de este derecho, lo que está detrás de la adopción de marcos restrictivos hacia esta práctica que resultan en múltiples vulneraciones para las mujeres, implicando entre otros un gran riesgo sanitario”¹⁰⁹

Esta conclusión no es baladí, porque precisamente depende de las ponderaciones realizadas por los distintos Estados para llegar a reconocer un derecho como este. Es allí donde nace la discusión sobre la colisión de derechos que ‘por cuestión de peso’ serán ponderados para extender este criterio de razonabilidad de las causales de justificación en Chile anteriormente expuestas en el segundo capítulo.

Cuando se trata de aludir a la legislación de los Estados y la forma en que condiciona la autodeterminación, se ha concluido que la doctrina y jurisprudencia constitucional comparada subdivide nuevamente el rol de las garantías en juego para consagrar este derecho. Una de ellas niega el aborto absolutamente al comparar los derechos de vida, integridad física y psíquica de la mujer con el ‘derecho fundamental a la vida del no nacido’, entre ellas la ocupada en Chile antes de la vigencia de la ley 21.030¹¹⁰, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana, El Vaticano y Malta.

indemnizable por vulneración del deber de información del médico, la autodeterminación debe ser ‘de’ o ‘para’ algo. Véase: acápite I.2.a: Derecho a la información como fundamento de legitimidad del daño y reparación integral.

¹⁰⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL ARGENTINA (2015) Óp. Cit. [en línea]

¹⁰⁹ SCHENCK, M. 2013. *El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*. Montevideo Uruguay, MIDES. (Serie Cuadernillos DESC+A: Cristalizando Derechos), p. 20.

¹¹⁰ A mero modo de ejemplo: “la Constitución dispone que las personas nacen con igualdad dignidad y derechos, de lo que se deduce que son personas y que tienen esa dignidad y derechos desde ante del nacimiento. Además, se dispone que la ley protege la vida del que está por nacer (art. 19 N°1), norma constitucional que especifica una tutela especial del derecho general a la vida que se asegura a ‘todas las personas’, según reza el art. 19 en su inicio, y que por cierto incluye la referencia a ‘el que está por nacer’ del N°1 de dicho precepto” Véase: CORRAL TALCIANI, H. 2010. La existencia de toda persona principia al nacer: una nueva lectura para una vieja norma. *Revista de Ciencias Sociales*, vol.56: p.313.

Otra, que es la adoptada por la mayoría de los países del mundo¹¹¹ y recientemente Chile el año 2017¹¹², que pondera estos mismos derechos de la mujer versus el mero ‘interés o bien constitucional’ de la vida del que está por nacer. En este caso “los derechos de la mujer están en una posición constitucional preeminente; posición, que, sin embargo, no es absoluta, ya que no admite el aborto a voluntad, pues ello implicaría incumplir la obligación de proteger la vida del embrión. Así, una ley de aborto es constitucionalmente admisible en determinadas causales”¹¹³. Esta es la postura que podría determinarse como intermedia, propia de una legislación con causales o indicaciones: donde, en principio¹¹⁴, no hay un derecho diferente o nuevo de autodeterminación (entendida como elección, decisión y autodeterminación propiamente tal) sexual y reproductiva como fundamento de eventual daño, sino una reiteración a la tutela del derecho a la integridad física y psíquica junto al derecho a la salud de la mujer. Conjunto de derechos que, al no ser considerados como una garantía distinta, se pueden ver condicionados a otros bienes jurídicos de mayor jerarquía constitucional como lo es el interés común de proteger la vida del que está por nacer, el que, por más que no sea un derecho fundamental a la vida del no nacido, en principio prevalecería. Bajo esta postura la interrupción del embarazo procede solamente cuando los derechos de la mujer en situaciones límite y excepcionales puedan superponerse al interés común de proteger la vida del que está por nacer, no vida como derecho fundamental del no nacido como persona, sino como interés del Estado, situación excepcional y límite que entonces justificaría la respectiva causal.

Sin embargo, existe otra tercera posición constitucional en la materia que “sostiene que a la mujer debiere reconocérsele el derecho de abortar a solo requerimiento derivado o vinculado con el derecho a la vida, a la integridad y el libre desarrollo de la personalidad, entendido como autonomía. Ese derecho estaría implícito en diversas disposiciones de la Constitución. Como

¹¹¹ Un ejemplo claro en la realidad latinoamericana es el colombiano el cual establece en la sentencia C-355 del año 2006 que: “En consecuencia, el valor de la vida del que está por nacer no goza de una protección absoluta, incondicional, arbitraria, a la luz de los postulados constitucionales. Este valor constitucional puede ser relativizado y limitado, si el origen de la necesidad de su relativización y limitación es de origen constitucional, bien porque choque con el derecho cierto a la vida de la mujer u otros derechos fundamentales de ella”. Véase: COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Pleno) [en línea], Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006 [consulta: 17 mayo 2018]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>>

¹¹² Digno de observar es el considerando °40 de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara: “la Constitución no lo otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de gran relevancia. En este sentido el análisis de este proyecto de ley implica examinar que hay una medida o decisión legislativa que pondera razonablemente, entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente”, Véase: CHILE. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea] sentencia rol 3729-17 de 28 de agosto [consulta: 20 abril 2018]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=3515>

¹¹³ GÓMEZ (2015) Óp. Cit.p.7.

¹¹⁴ Se evidenciará en el siguiente acápite que el reconocimiento de derecho a abortar por mera voluntad no es determinante para un daño resarcible en *wrongful birth*, basta reconocer una garantía de acceso y no un derecho subjetivo absoluto para fundamentar el daño en esta acción.

se advierte, el derecho penal no sólo tendría una función de última ratio y de derecho penal mínimo, sino residual y contingente al derecho a abortar”¹¹⁵. Aquí la regla se da vuelta: en principio, toda mujer tiene derecho a abortar. Permitir el aborto a voluntad implicaría reconocer los tres niveles de elección, autonomía y autodeterminación sin intervención estatal (o al menos residual) en el alcance de este derecho, lo que sí podría configurar un daño resarcible en acción de *wrongful birth* y dentro del sistema de responsabilidad médica por vulneración al deber de información y autodeterminación vinculado a la garantía a abortar.

Como puede observarse, esta tercera opción consagraría el fundamento esperado en el daño legítimo dentro del tipo de acciones que están siendo analizadas ya que deviene de una interpretación tanto jurisprudencial como legislativa que entiende salud, vida, integridad física y psíquica como ‘autonomía de decisión’ en conjunción con la garantía genérica de autodeterminación de todo paciente que va detrás del deber de información de todo médico. Esta interpretación no es una mera teoría o utopía legislativa, sino que, según el profesor GÓMEZ (2015) es compartida por 59 países¹¹⁶ por medio de una legislación abortiva en modo de plazos vinculados al desarrollo embrionario “a requerimiento de la mujer”¹¹⁷. La gran diferencia entre la segunda y tercera postura está en el vuelco entre lo que se entiende por regla general y excepción, vuelco que al parecer se encuentra justificado en el reconocimiento de una garantía diferente explícita o implícita que constituya la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer.

Es así que la autodeterminación sexual y reproductiva entendida como libertad de decisión y elección en el contexto de la sexualidad y la reproducción en específico, acompañada de la autodeterminación de todo paciente, constituye un concepto base del ‘derecho a abortar’. Garantía que es actualmente restringida dependiendo el tratamiento que cada sistema jurídico realice, el cual dependiendo su postura lo hará de manera intensa, intermedia o residual según se expuso anteriormente.

¹¹⁵ GÓMEZ (2015) Óp. Cit. p.8.

¹¹⁶ En América: Cuba, México, Guyana, Uruguay, Canadá, Estados Unidos. En Europa: Bielorrusia, Bulgaria, República Checa, Hungría, Moldavia, Rumania, Rusia, Eslovaquia, Ucrania, Dinamarca, Estonia, Letonia, Lituania, Noruega, Serbia, Albania, Bosnia, Herzegovina, Croacia, Grecia, Italia, Montenegro, Portugal, Serbia, Eslovenia, Macedonia, Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Países Bajos, Suiza. En Asia: Armenia, Azerbaijan, Barein, Camboya, República Popular Democrática de Corea (Corea del Norte), China, Georgia, Kazakhsan, Kryrgyzstan, Monogolia, Nepal, Singapur, Tajikistan, Turkmenistan, Turquía, Uzbekistan, Vietnam. En Oceanía: Australia. En África: Cabo Verde, Sudáfrica, Tunista. Véase: GÓMEZ (2015), Óp. Cit. p.8 nota el pie N°6 de la obra citada.

¹¹⁷ *Ibíd.* p.8.

III.1.b. Reconocimiento del derecho de autodeterminación sexual y reproductiva en el Derecho Internacional.

El Derecho Internacional ha hecho hincapié en este ámbito con el objetivo de guiar el tratamiento de las diversas legislaciones al momento de tomar un rumbo homogéneo en materia abortiva.

Las legislaciones estatales que regulan la interrupción del embarazo, sea a través de causales o por medio de plazos, construyen su fundamento en el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva entendida en dos sentidos: (i) como autonomía plena entendida como libertad de procreación, y (ii) como garantía de acceso, que si bien no reconoce la existencia de libertad plena de procreación, establece que cualquier barrera al acceso de una prestación médica sobre interrupción del embarazo aun así constituiría la vulneración a la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer.

En el primer sentido (i), la doctrina ha reconocido que “la penalización de la práctica del aborto voluntario constituye una barrera al derecho a decidir que implica la violación de una serie de otros derechos”¹¹⁸, sobre todo destacando el derecho a decidir en materia reproductiva, el derecho a la salud y el derecho a la información. Conjunto de derechos que se encuentran íntimamente vinculados a la autodeterminación de todo paciente, pero especificados explícitamente en materia abortiva. Por lo mismo reconoce el derecho de autodeterminación como autonomía de decisión ya que “los Estados ensayan políticas de incentivación o desincentivación de la procreación (según necesidades), **pero no crean obligaciones positivas y directas de procrear o no procrear**, pues imposible imponer tal obligación [por eso] (...) en la mayoría de los ordenamientos jurídicos la decisión acerca de la procreación está reconocida **como una libertad de la que gozan los individuos**”¹¹⁹.

Por tanto, la realidad – de conceptualización del derecho de autodeterminación sexual y reproductiva - antes descrita no es ajena al reconocimiento del Derecho Internacional. En resumen, podría entenderse la autodeterminación como libertad plena de procreación cuando

¹¹⁸ Entre otros: la afectación del derecho a la vida y a sobrevivir; los derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, de opinión, de expresión; a la privacidad; el derecho a la no discriminación; el derecho a estar libre de violencia por género, o derecho de toda mujer a una vida libre de violencia; los derechos a la libertad, a la integridad y seguridad personal; el derecho de toda persona a no ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; el derecho a decidir en materia reproductiva; el derecho a la salud; el derecho a un recurso efectivo; el derecho a la educación, a la información y a gozar del progreso científico. Véase: ROLDÁN, F. 2015. El derecho a la salud e interrupción voluntaria del embarazo. *Publicación de la Red Universitaria sobre derechos humanos y democratización para américa latina*, vol. 7: p. 122.

¹¹⁹ MACIA MORILLO (2009) Óp. Cit. p.173. El destacado es propio.

es definida en un sentido negativo de 'no intervención' tal como se destacó de la cita antes mencionada.

Es más, en motivo de reconocer esta autonomía, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y otros importantes instrumentos internacionales conceptualizaron salud bajo una voz flexible para así adaptarse a las legislaciones abortivas de todo el mundo. Así, la salud en materia reproductiva "no se puede entender sólo como riesgo de morir, sino que, en aras de una interpretación amplia integral, se debe dirigir a evitar la consolidación de la enfermedad y, más aun, a detectar todos los factores de vulnerabilidad que pueden presentarse (posibilidad) durante cualquier etapa de gestación [refiriendo a] la presencia de estos factores de riesgo que determina la factibilidad legal de interrupción del embarazo cuyo propósito último sea proteger la salud de la mujer"¹²⁰, lo cual no puede desligarse a la idea que principalmente los factores de riesgo de un embarazo devienen de la emisión de un diagnóstico fiel a las eventuales patologías congénitas que pueda tener el feto, y por consecuencia puedan afectar el espectro de decisión informada de la mujer al momento de optar por la interrupción del embarazo, vulnerando su derecho de autodeterminación sexual y reproductiva y su salud siendo así el reconocimiento del Derecho Internacional importante para definir daño legítimo en la acción de *wrongful birth*.

Adicionalmente, y en relación al segundo criterio (ii), a este reconocimiento de derecho a decidir, también la doctrina ha interpretado el derecho a la autodeterminación como una derivación del derecho a la salud entendida como garantía de acceso ya que "reconocer la salud **como un derecho humano**, implica la adopción, por parte de los Estados, **de medidas para que el acceso a servicios** de interrupción de embarazo sea legal y seguro **cuando** la continuación del mismo ponga en riesgo la salud de las mujeres"¹²¹. Esta precisión no es irrelevante, ya que puede definirse el derecho a decidir como una decisión a mera voluntad o dependiente a un paso previo antes de la manifestación libre de la voluntad (aceptable o no por el respectivo ordenamiento jurídico). Es decir, esta última se definiría como una garantía de acceso que significaría un 'deber de conducta impositivo' al Estado bajo el mismo nombre de autodeterminación sexual y reproductiva en una relación especie/género donde la especie se divide en dos (i y ii) al menos bajo la directriz de la doctrina del Derecho Internacional¹²².

¹²⁰ ROLDÁN (2015) Óp. Cit. p. 123.

¹²¹ *Ibíd.* p.127. El destacado es propio.

¹²² La doctrina ha señalado que este derecho ha sido producto a una construcción histórica, partiendo por la Conferencia de Teherán en 1968, donde se empezó a concebir a la reproducción como un derecho de las parejas, para luego ser estos temas comenzaron a ser reconocidos por el sistema de Naciones Unidas. Posteriormente la Conferencia Internacional de Población de Bucarest celebrada en 1974 añadió que además era un derecho de las

En resumen, la garantía de acceso no es un deber de abstención sino la imposición de una conducta determinada que se establece en un lenguaje en voz positiva. Hablar de garantía de acceso, entonces, será más restringido que autonomía plena ya que la conducta y el deber debe estar descrito por el legislador 'cuando' esté permitido, lo que no pasa en el deber de abstención dado que la plena libertad reproductiva es la regla general.

Esto ha sido precisado por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW) que ha regulado tangencialmente el derecho a la autodeterminación sexual en medidas que eviten decisiones legislativas discriminatorias. Así lo establecen sus artículos 11.1¹²³ (derecho a la protección a la salud), 10 letra h)¹²⁴ (derecho a la información en materia de acceso al material informativo), y 16.1 letra e)¹²⁵ (medidas antidiscriminatorias en materias relacionadas a la reproducción).

Ahora, una mera alusión tangencial como se evidencia en la regulación de la CEDAW (que más bien habla de medidas antidiscriminatorias de todo tipo en materia sexual y reproductiva que de la consagración de un derecho humano a la autodeterminación¹²⁶), no es suficiente para la precisión del derecho en cuestión. Es por esto que posteriormente, en las conferencias de Beijing (Plataforma de Acción de Beijing) y Cairo (Programa de acción de la Conferencia

personas y en 1970, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres, reconoció el derecho de las mujeres a planificación familiar y a los servicios de educación y salud sexual en este plano. Subsiguientemente, el tema pasó a destacarse en las conferencias mundiales de Naciones Unidas, en dicho marco, la introducción de esta dimensión en los derechos humanos adquirió gran legitimidad y en la década siguiente, tuvieron lugar a dos hitos a nivel internacional en los que se refiere a estos derechos: **La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994) y la IV Conferencia Mundial de la Mujer, que tuvo lugar en Beijing en 1995**. En ambas instancias, se incluyeron consideraciones en los Programas de Acción que definían con mayor precisión los derechos humanos en torno a la salud reproductiva y las decisiones en torno a la reproducción (particularmente en la plataforma de El Cairo) así como los derechos de las mujeres en el plano de la sexualidad. Véase: SCHENCK (2013) Óp. Cit. pp.16- 17.

¹²³ Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminarla discriminación contra la mujer (...) a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

¹²⁴ Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre la planificación de la familia.

¹²⁵ Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) letra e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos"

¹²⁶ Así se ha precisado por la misma CEDAW que una forma de haber discriminación no se encuentra en el reconocimiento o no de un derecho subjetivo en favor de la mujer, sino que en supuestos legislativos más precisos. Así "los Estados Partes no deben restringir el acceso a la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres, o las autoridades de salud, por no estar casada o por condición de mujer". Véase: UNDURRAGA VALDÉS, V. 2015. *Informe en Derecho: Análisis de aspectos constitucionales relevantes para la discusión de la regulación de las causales de interrupción legal del embarazo*. [en línea] Santiago de Chile. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=65154> [consulta: 6 julio 2018], p.55.

Internacional sobre la Población y el Desarrollo) se hizo referencia explícita a la protección de la salud de la mujer en el ámbito de la reproducción. He allí lo importante, ya que la doctrina del Derecho Internacional ha determinado que en virtud de estos programas “se comenzó a reconocer en la comunidad internacional que la reproducción y la sexualidad son ámbito de la dignidad”¹²⁷. Y es al hablar de dignidad de las personas el momento en donde comienza la precisión y acercamiento a lo anteriormente denominado como elección, decisión, autonomía y autodeterminación en el ámbito sexual y reproductivo.

Junto a esto, debe considerarse la cita de ROLDÁN (2015) a la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la cual hace una interpretación del alcance del artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y afirma que “el derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencia, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales”¹²⁸.

Como es posible observar, el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva es una construcción doctrinaria y legislativa en el ámbito del Derecho Internacional. Esta rama asocia el referido derecho con la información, la decisión autónoma e informada, la dignidad de la persona y también, sobre todo, el derecho a la salud: sea entendida como una garantía absoluta (i) o como una mera garantía de acceso (ii) a la amplia gama de prestaciones médicas previstas en legislaciones abortivas, sean por medio de indicaciones o plazos. Es por esto que se puede concluir en este acápite que, como bien lo establece el análisis doctrinario, “el derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos concretamente, forman parte de la última etapa de expansión el derecho internacional”¹²⁹.

Así determinada una voz extensiva, a pesar de las subdivisiones que las legislaciones puedan darle al ‘derecho abortar’ o la postura doctrinaria que se tome respecto a la amplitud de las hipótesis a la interrupción del embarazo, este derecho siempre será fundamento suficiente para admitir una acción de *wrongful birth* en un sistema jurídico determinado. Lo

¹²⁷ ROLDÁN (2015) Óp. Cit. p.124.

¹²⁸ ROLDÁN (2015) Óp. Cit. p.125. Para mayor información del Pacto y la Observación General Véase: Observaciones Generales. Aprobadas por el Comité de derechos Económicos, Sociales, y Culturales. E/1989/22, y Observación General número 14: ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)’, párrafo 6.

¹²⁹ *Ibíd.* p.132.

esencial es que exista un reconocimiento explícito de éste, entendiendo que este derecho es una construcción de un enjambre complejo de otros derechos fundamentales.

Es por esto que organismos internacionales han impuesto a ciertos Estados la protección de este derecho dando un reconocimiento explícito en la materia.

A mero modo de ejemplo, se puede derivar el derecho de autodeterminación sexual y reproductiva de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) el cual ha transparentado esta interpretación en diversos casos.

Por ejemplo, en *A, B and C v. Ireland*, el Tribunal se vio obligado a discutir sobre la naturaleza del derecho a la autodeterminación, declarando que Irlanda había violado el derecho a la vida privada, en que se incluye la protección a la integridad y la autonomía personal consagrado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por no cumplir con la obligación de tener un procedimiento legislativo o reglamentario que estableciera un mecanismo accesible y efectivo por el cual se pudiera determinar si una de las denunciadas (teniendo en cuenta que una de ellas se acogía por la causal terapéutica al padecer cáncer) del caso calificaba para realizarse un aborto terapéutico legal en Irlanda, donde afirma expresamente que “la incertidumbre generada por la falta de una implementación legal del artículo 40.3.3 [de la Constitución Irlandesa donde deviene el supuesto de aborto terapéutico] y particularmente por la ausencia de procedimientos efectivos y accesibles para determinar **un derecho al aborto** bajo esa norma, ha resultado en una discordancia impactante **entre el derecho al aborto legal** en Irlanda por razones de riesgo relevante para la vida de una mujer y la realidad de su implementación práctica”¹³⁰.

Actualmente Irlanda, posterior a dramáticos casos de fallecimientos de mujeres producto a no acogerse a la prestación abortiva ateniendo al argumento de que ‘Irlanda es un país católico’, admitió la Ley Savita en honor a Savita Halappanavar, mujer de ascendencia india que falleció a la edad de 31 años producto a la negación del cuerpo médico en Irlanda a la práctica de un aborto al momento que estaba embarazada y padecía de una enfermedad que consistía en la existencia de bacterias en la sangre. Así, en un referéndum constitucional histórico del 25 y 26 de mayo de 2018 para enmendar el mismo artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda del Norte anteriormente mencionado, se modificó la legislación irlandesa relativa al aborto con apoyo a esta interpretación jurisprudencial del TEDH en donde

¹³⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Gran Sala). Caso A, B y C v. Ireland. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. Véase: UNDURRAGA VALDÉS (2015) Óp. Cit. pp.56-57. El destacado es propio.

el Parlamento pudo modificar la normativa sobre el aborto a partir de un proyecto de Ley de plazos promulgado por el Gobierno que permitiría interrupción libre del embarazo en las 12 primeras semanas de gestación, y bajo el supuesto de riesgo para la salud de la madre o del feto en las 24 semanas. Este proyecto finalizó su tramitación legislativa la noche del 13 de diciembre de 2018, fue firmado por el presidente de Irlanda el 31 de diciembre del mismo año entrando en vigencia el día 1 de enero de 2019.

En la misma línea, el TEDH condenó a Polonia en el caso *Tysiack v. Poland* en que la demandante no pudo acceder a un aborto legal en Polonia por desacuerdo de los médicos sobre la concurrencia de la causal terapéutica. Esto porque “el procedimiento médico administrativo para determinar la concurrencia de la indicación terapéutica no aseguraba que las decisiones fueran oportunas de manera de no perjudicar la salud de la mujer”¹³¹. Lo mismo en el caso *R.R. v. Poland*¹³², donde el TEDH condenó al mismo Estado por violación del artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) y del artículo 8 (derecho a la vida privada, autonomía) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en un caso en que la denunciante, quien calificaba para realizarse un aborto legal por indicación embriopática (severa anomalía genética fetal) no pudo acceder a la interrupción por falta de una adecuada regulación que asegurara la implementación del referido procedimiento.

Actualmente Polonia posee una de las legislaciones más restrictivas de Europa y en el mundo. Consta recalcar que Polonia, desde el año 1993, contemplaba un sistema de despenalización por la indicación terapéutica, embriopática y criminológica contemplando esta última supuestos de violación e incesto. Como puede observarse, la legislación de Polonia era prácticamente idéntica a la enfrascada en la ley 21.030 en Chile.

Hoy, contraria a la reacción irlandesa, una comisión parlamentaria de Polonia responde a la iniciativa popular *Stop Aborcja*, que reunió las 450.000 firmas necesarias para revisar la ley vigente y someter a votación de la cámara la supresión del caso en que el feto presente malformaciones o enfermedad irreversible¹³³. Así, el parlamento de Polonia a inicios del año 2018 estudió un nuevo proyecto de ley que buscaba restringir las hipótesis de aborto,

¹³¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 4ª). Caso *Tysiack v. Poland*. Sentencia de 20 de marzo de 2007. Véase: UNDURRAGA VALDES (2015) Óp. Cit. p.57.

¹³² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 4ª). Caso *R.R. v. Poland*. Sentencia de 16 de mayo de 2011. Véase: UNDURRAGA VALDES (2015) Óp. Cit. p.57.

¹³³ SÁNCHEZ, R. 2018. Polonia: último bastión contra el aborto. [en línea] <https://www.abc.es/sociedad/abc-polonia-ultimo-bastion-contra-aborto-201805262139_noticia.html> [consulta: 11 noviembre 2018]

suprimiendo precisamente la causal embriopática, causal que precisamente evidencia la existencia del estatuto de *wrongful birth* en el mundo.

En razón a este proyecto, a 22 de octubre del año 2020 el máximo tribunal del país dictaminó que era inconstitucional abortar un feto si tenía defectos congénitos aludiendo a la 'petición' que su Constitución hace de proteger la vida de cada individuo. Esto, según la prensa, se adscribe al ideario derivado del actual mandatario conservador, Andrej Duda, en el país¹³⁴. Hoy Polonia se encuentra en numerosas protestas por el cambio de criterio y va por reafirmar el derecho al aborto en el único país de la Unión Europea que eliminó tal bien jurídico en favor de los ciudadanos.

Esta regresión no fue sorpresiva ya que muchas veces Polonia, debido a un sucesivo ciclo de bancadas conservadoras en el gobierno y en el parlamento, ha intentado restringir hipótesis de aborto legal, restringiendo así y lógicamente las posibilidades de reconocimiento de un derecho de autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer.

Por lo mismo se manifestó una fuerte reacción del concierto internacional, precisamente por el Parlamento Europeo por medio de la Resolución N°2017/2931 la cual establece que “considerando que la denegación de acceso a servicios en el ámbito de los derechos y la **atención sanitaria sexual y reproductiva, en particular el aborto seguro y legal, representa una violación de los derechos fundamentales de la mujer** (...) [el parlamento] critica enérgicamente toda propuesta legislativa encaminada a prohibir el aborto en casos de malformación fetal grave o mortal; insiste en que **el acceso universal a la atención sanitaria, en particular a la salud sexual y reproductiva y a los derechos afines, es un derecho humano fundamental**; reitera firmemente su apoyo a las organizaciones de defensa de los derechos de la mujer, pues han sido objeto recientemente de acciones judiciales”¹³⁵.

Es necesario recalcar que esta resolución toma como precedente la jurisprudencia persistente del TEDH y a partir de ese criterio critica a la legislación de Polonia, lo que no es menor, ya que habiendo una sentencia obligatoria aplicable para Polonia y una resolución del mismo Parlamento Europeo que sigue la misma línea, podría estimarse una presión jurídica

¹³⁴ DAVENTRY, M, GUIDARA, A y OLAVARIO, D. 2020. Las protestas sobre el aborto en Polonia revelan un profunda cisma en la sociedad [en línea] <<https://es.euronews.com/2020/12/01/las-protestas-sobre-el-aborto-en-polonia-revelan-un-profundo-cisma-en-la-sociedad>> [consulta: 10 diciembre 2020]

¹³⁵ UNION EUROPEA. Resolución 2017/2931 del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2017, sobre la situación del Estado de Derecho y de la democracia en Polonia. *Diario Oficial de la Unión Europea* C 356, 4 de octubre de 2018, pp. 44-50. El destacado es propio.

intensa para que Polonia proclame la existencia de un derecho de autodeterminación sexual y reproductiva en su ordenamiento jurídico.

Ahora cabe preguntarse, ¿es esta misma presión jurídica la que podría observarse en el continente americano? La respuesta a esta pregunta a simple vista parece ser afirmativa, pero se verá que, a pesar de que existen casos que aluden a la autodeterminación sexual y reproductiva en el ámbito internacional, no contemplan una presión jurídica vinculante que obligue a los Estados del continente americano a enmendar su legislación.

Ya existen casos ante el Comité de Derechos Humanos donde se ha condenado a Estados, cuando los procedimientos médicos aplicados han impedido que mujeres o niñas accedan a la interrupción legal (legalizada o despenalizada) del embarazo por razones terapéuticas o de inviabilidad fetal.

A modo de ejemplo, en el caso *K.L v. Perú*, UNDURRAGA (2015) menciona que “el Comité de DDHH declaró que Perú había violado, entre otros derechos, el **derecho de una niña a no ser sometida a tratamientos crueles, inhumanos y degradantes** cuando no pudo acceder a una interrupción legal del embarazo en un hospital público y fue obligada a llevar a término la gestación de un feto anencefálico y amamantar al niño agonizante”¹³⁶. Como se puede observar de lo destacado, nuevamente se interpreta el derecho a la autodeterminación a partir de la directriz de la autonomía y dignidad de la persona humana, eso sí, sin reconocer explícitamente un derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva en la materia, a diferencia del TEDH. En otros instrumentos y sentencias se podrá observar que no existe una interpretación clara y explícita en donde se consagre el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, ya que éstos siguen la misma línea argumentativa¹³⁷, dejando a los Estados americanos decidir en sus propias legislaciones si es que reconocen o no el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva.

¹³⁶ UNDURRAGA VALDÉS (2015) Óp. Cit. p. 57. El destacado es propio.

¹³⁷ Existen casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se han discutido **cuestiones relacionadas a la interrupción del embarazo**, pero que no se encuentran directamente relacionadas con la consagración de un derecho de autodeterminación sexual y reproductiva. De todas formas, se destaca que estos casos **siguen** la misma argumentación que *Tysiác v. Poland*. Véase: Informe de la CmIDH, Fondo, *Grete Artavia Murillo y Otros (Fertilización in vitro)*, Costa Rica, N° 85/10, Caso 12.361, 2010 CmIDH. [en línea] <<https://www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf>> [fecha de consulta: 11 noviembre 2018], el que discute la ponderación del derecho a la vida e integridad psíquica y física de la mujer versus el interés de proteger la vida del que está por nacer para definir el estatus del no nacido en el Pacto de San José de Costa Rica; también Véase: Informe de la CmIDH, *Medida Cautelar, "Amelia"*, Nicaragua, MC N° 43/10, 2010 CmIDH. [en línea] <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10493.pdf>> [consulta: 11 noviembre 2018], que trata en la misma línea argumentativa que *Tysiác v. Poland*, pero no considera un precedente que consagre explícitamente un derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer.

Sin perjuicio de esto, parece ser clara la interpretación del Derecho Internacional vista como un todo global, “la salud reproductiva incluye la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, la capacidad de procrear y además, la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”¹³⁸. La falta de una interpretación explícita no quita el factor de que la tendencia del Derecho Internacional se encamina en reconocer a la autodeterminación reproductiva como un derecho humano y fundamental en favor de la mujer, interpretada de la autonomía, de la dignidad, de la salud, de la vida, de la integridad física como psíquica y entendida como elección, autonomía y autodeterminación sea como autonomía plena o garantía de acceso.

Así “se ha concluido que al consagrarse una naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva y debido a que la IVE [interrupción voluntaria del embarazo] en las hipótesis de excepción es parte de ese derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva, es lógico concluir que esta facultad también es de carácter fundamental, y como efecto de ello, el Estado y los particulares que participan del Sistema de Seguridad Social en Salud tienen frente al derecho a la IVE las mismas obligaciones de respeto y garantía que tienen en relación con todos los demás derechos de esta categoría”¹³⁹. Por esto, sea como derecho absoluto ‘a mera voluntad’ o como mera ‘garantía de acceso’, se le debe igual denominar derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva.

Ahora, teniendo en claro la interpretación del Derecho Internacional ¿cómo funciona el derecho interno de los Estados ante tal tendencia? La respuesta se expondrá en el acápite a continuación.

III.1.c. Reconocimiento en la legislación comparada.

Dentro de todos los sistemas que en el mundo regulan el estatuto de aborto, consta mencionar a modo de ejemplo la legislación española y francesa, ambas provenientes del derecho de la tradición continental que se relaciona al sistema jurídico chileno por la influencia en el modo de construir y entender el ordenamiento jurídico como un todo. También será considerada la legislación uruguaya ya que, además de su ilustrativa regulación se encuentra en la misma realidad latinoamericana de tradición continental en donde se ubica el sistema jurídico chileno.

¹³⁸ FERNÁNDEZ MUÑOZ (2017) Óp. Cit. p.324.

¹³⁹ Ibíd. p.325.

España, previamente definidas las obligaciones y reconocimientos por el TEDH y el Parlamento Europeo en relación al derecho al aborto, evidenciaba una realidad en donde “**no existe** una consagración expresa de la **libertad de procreación, [pero] sí** que puede afirmarse la concurrencia de un ‘**estatuto jurídico de la reproducción humana**’, disperso en diversas normas: Constitución Española; Ley 14/1986, General de Sanidad; Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; y Ley 14/2007, de Investigación Biomédica”¹⁴⁰. Esta legislación cambió al seguir las interpretaciones del Derecho Internacional, junto con la innovadora lógica utilizada por la sentencia del Tribunal Constitucional español STC 53/1985 de 11 de abril, en la cual la causal embriopática se tomaba como un producto propio del juicio de ponderación de derechos donde “se resuelve el conflicto entre la vida del ser en vías de formación y la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre a favor de ésta”¹⁴¹.

Es producto a esta ponderación en favor de la dignidad y autonomía de la mujer - elementos básicos para entender el derecho a elección, autonomía y autodeterminación sexual y reproductiva –, en donde se reconoce el derecho a la interrupción del embarazo en España.

Este reconocimiento se deriva de la siguiente interpretación realizada por la doctrina: En un primer nivel, la Constitución Española en su artículo 10.1 consagra la dignidad de toda persona, reconociendo en segundo lugar su aplicación en contexto abortivo desde la sentencia del Tribunal Constitucional de 1985. Ahora, como se requiere reconocimiento explícito, en tercer lugar, la garantía es finalmente precisada por las leyes orgánicas mencionadas, que se condensan en una sola norma de extrema relevancia: “la LO [Ley Orgánica] 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, y que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada, en atención al libre desarrollo de su personalidad”¹⁴².

De todas formas, la doctrina civil española afirma que de la ley orgánica 2/2010 no se extrae un derecho a la libertad de procreación absoluta. Esa afirmación es cierta: lo más cercano que existe dentro de la legislación española como fundamento a la autodeterminación de la mujer

¹⁴⁰ PACHECO JIMÉNEZ (2011), Óp. Cit. p.10. El destacado es propio. Se resaltan estos conceptos precisamente porque es relevante admitir que existiendo o no libertad de procreación, basta la existencia de una garantía de acceso para admitir un daño resarcible en *wrongful birth*.

¹⁴¹ *Ibíd.* p.10.

¹⁴² *Ibíd.* p.11.

embarazada como paciente en contexto abortivo se presenta en su artículo 12¹⁴³, el cual alude a las garantías de acceso a la prestación médica, pero no a la autonomía absoluta en el ámbito de la sexualidad y reproducción ya que no existe un derecho sin contrapeso, sino que el producto de una ponderación de intereses relevantes en donde la sistematización legislativa no debe ignorar el otro interés de menor peso que es el interés común de proteger la vida del que está por nacer.

Ahora, puede resultar contradictorio que se consagre expresamente una ley de salud sexual y reproductiva y que al mismo tiempo la doctrina niegue, como se hizo en unas líneas más arriba, la existencia de ‘una consagración expresa de la libertad de procreación’, pero esta contradicción no es más que aparente.

Aquí nuevamente se hace necesario reiterar el intento de separación del derecho de autodeterminación entendido como un derecho absoluto dependiente de la ‘voluntad’ versus una ‘mera’ garantía de acceso: sea uno o ambos los que sean reconocidos en una determinada legislación, de todas maneras existirá un derecho subjetivo que servirá de fundamento suficiente para ejercer la acción de *wrongful birth* ya que sea de una forma u otra, España teniendo este alcance del derecho aplica plenamente el estatuto del *wrongful birth*, tal como se verá en unos capítulos más adelante.

Ya la doctrina española admitió que el hecho de no haber un derecho absoluto de autodeterminación sexual y reproductiva, “no implica que no pueda existir otro tipo de daño: en España no solo existe responsabilidad, civil extracontractual o patrimonial de la Administración por el quebrantamiento de derechos subjetivos, en sentido estricto. La afeción negativa a innumerables intereses, ámbitos personales o espacios de libertad también es indemnizable”¹⁴⁴. Es decir, España alude a lo que se había denominado en el primer acápite del primer capítulo de esta investigación como daño legítimo en ‘concreción flexible y en faz negativa’, de la misma manera que lo hace la doctrina civil chilena.

Alude la misma fuente doctrinaria que en España “se reconozca o no un derecho subjetivo a abortar, como tal, nadie duda de la facultad que tiene la mujer de interrumpir el embarazo de

¹⁴³ Artículo 12 de la Ley Orgánica 2/2010. Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

¹⁴⁴ TORRES DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, V. 2017. Responsabilidad por nacimiento evitable (*wrongful birth*) y discapacidad. *Revista de Administración Pública*, vol. 203: p.105.

acuerdo con la citada Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo”¹⁴⁵. Es decir, sea que se entienda la autodeterminación como un derecho subjetivo absoluto o una ‘garantía de acceso a la prestación médica abortiva en donde se toma la decisión dentro de las excepciones legales’, habrá un fundamento suficiente para admitir un daño resarcible, inclusive dentro del exigente estatuto de *wrongful birth*.

No está demás mencionar que, a pesar de no cambiar el sustento legal citado del artículo 12 respecto a los derechos que sustentan la interrupción del embarazo en España, la Ley Orgánica 2/2010 no ha estado exenta de reformas y algunas controversias. Al año 2015 el senado aprobó parte del anteproyecto de ‘Ley de Protección de la Vida del Concebido y los Derechos de la Mujer Embarazada’ que buscaba cambiar el sistema de plazos a un sistema de causales junto con exigir que las adolescentes de 16 y 17 años necesiten permiso paterno para poder abortar. La segunda idea fue aprobada. Aun así, al año 2020 el gobierno socialista presidido por Pedro Sánchez propone la reversión de la misma reforma y actualmente se encuentra en discusión¹⁴⁶.

Por su parte, el sistema francés persigue una lógica precisa y más clarificadora: Actualmente su situación legal se inclina al reconocimiento legal explícito del derecho a la interrupción del embarazo producto a la enmienda a la ley Veil modificada el año 2013¹⁴⁷ que regula la interrupción del embarazo por dos vías: ‘voluntariamente’ y sin causal en un plazo de hasta 14 semanas de la última regla o primeras 12 semanas del embarazo; y ‘médicamente’, sin plazo y bajo autorización médica, en caso de riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada (causal terapéutica) o enfermedad grave e incurable para el feto (causal embriopática).

Esta enmienda consideró derechamente un derecho a la interrupción del embarazo no sólo como garantía de acceso a la prestación médica abortiva, sino que también como derecho de libertad de procreación al momento de dictarse la resolución de la Asamblea Nacional francesa N°2360 con texto aprobado N°433 la cual: “1. Reafirma la importancia del **derecho fundamental a la interrupción voluntaria** del embarazo para todas las mujeres, en Francia, en Europa y en el mundo; 2. Recuerda que el derecho universal de las mujeres a **disponer**

¹⁴⁵ *Ibíd.* p.105.

¹⁴⁶ SEN, C. 2020. 16 y 17 años: aborto sin permiso paterno [en línea] <<https://www.lavanguardia.com/vida/20201008/483925856618/menor-aborto-permiso-paterno.html>> [consulta: 20 diciembre 2020]

¹⁴⁷ FRANCIA. Ley 75-17, de 18 de enero, relativa a la interrupción voluntaria del embarazo. *Diario Oficial de la República Francesa*, 18 de enero de 1975, pp.739-741.

libremente de sus cuerpos es una condición indispensable para la construcción de una igualdad real entre mujeres y hombres y una sociedad de progreso; 3. Afirma el importante papel de la prevención y la educación sexual para los jóvenes; 4. Afirma la necesidad de **garantizar el acceso de las mujeres a información de calidad**, anticoncepción adecuada y **aborto seguro y legal**; 5. Desea que Francia continúe su compromiso, a nivel europeo e internacional, con el acceso universal a la planificación familiar”¹⁴⁸.

Cabe destacar las voces ocupadas en esta resolución y la consistencia que guarda la legislación francesa con el precedente establecido por el TEDH y el parlamento europeo. Es de extrema importancia notar que se habla tanto de libertad de disposición del cuerpo (como autonomía y autodeterminación plena en una faz negativa) como de la garantía de acceso (deber impositivo al Estado en faz positiva) y explícitamente a información de calidad respecto a un aborto seguro y legal para hablar del ‘derecho fundamental a la interrupción **voluntaria**¹⁴⁹ del embarazo’, lo que deja en evidencia el reconocimiento explícito del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, sea como libertad de procreación plena como garantía de acceso.

La realidad latinoamericana no se encuentra ajena a esta tendencia legislativa. Ya en los años 60, Cuba despenalizaba el aborto estableciendo un sistema de salud determinado como garantía para todas las mujeres. Es más, expertos afirman que el aborto al año 1965, si bien no fue instaurado por una ley, creó la base para que pudiera realizarse en el marco del Sistema Nacional de Salud. Este marco está basado en cuatro principios donde uno de ellos era que **la gestante era quien decidía**, por lo que evidentemente concluía que la interrupción del embarazo en Cuba fuese (y es) considerada como un derecho legal¹⁵⁰, y asistido dentro de los servicios médicos gratuitos en el país. Desde el año 1979, el Código Penal de Cuba sanciona el aborto ilícito, que se separa diametralmente al aborto legal, no considerándolo como un delito *per se* por lo que no se generan contradicciones ante la atribución de un derecho a abortar y un delito de aborto.

¹⁴⁸ FRANCIA. Asamblea Nacional. 2014. Resolución 2360 que regula pequeña ley que reafirma el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en Francia y Europa. [en línea] 26 noviembre 2014. [consultado el 15 de octubre de 2018]. Disponible en <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0433.asp>>

¹⁴⁹ Se resalta la palabra ‘voluntaria’ ya que para Francia es relevante distinguir entre aborto voluntario y **aborto** médico, donde la voluntariedad se identifica con ‘mera voluntad’ entendida como libertad reproductiva sin expresión de causal ni producto de la ponderación de intereses. Por algo esta legislación distingue entre ambas menciones voluntaria y médica.

¹⁵⁰ GUERRERO, A. 2020. En Cuba, el aborto legal, seguro y gratuito no es suficiente [en línea] <<https://www.programacuba.com/en-cuba-el-aborto-legal-seguro-y-gr>> [consulta: 3 enero 2021]

Uruguay por su parte, marca un hito legislativo en los sistemas de la región para la efectiva concreción de los derechos sexuales reproductivos de las mujeres al momento de aprobarse la ley N°18.426 de Defensa a la Salud Sexual y Reproductiva, sin perjuicio de que finalmente esta ley terminó como un intento fallido para el reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo producto a un veto presidencial que impidió previamente consagrar este derecho. Establece SCHENCK que “el presidente Tabaré Vázquez -acompañado por la ministra de Salud Pública María Julio Muñoz-, interpuso un veto parcial a los capítulos que despenalizaban el aborto”¹⁵¹.

Esta realidad cambió al momento de promulgarse la ley N° 18.987 del año 2012 que regulaba la interrupción voluntaria del embarazo, la cual contiene un sistema de despenalización del aborto inducido siempre y cuando se realice durante las primeras semanas de gravidez a través de un procedimiento de consultas que involucra directamente a las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud. Esta legislación reforzó la Ordenanza 369/04 que estableció el marco normativo sobre asesoramiento para una maternidad segura y medidas de protección materna frente al aborto provocado en condiciones de riesgo.

Cabe destacar que la legislación uruguaya “un mes después de la aprobación de la ley del Poder Ejecutivo estableció su reglamentación a través del decreto 375/012 en el que se indica que las instituciones y el personal de salud que interviene en la interrupción del embarazo deben regirse por los principios de confidencialidad, **consentimiento informado y respeto a la autonomía de la mujer**, y se establecen los requisitos para acceder al procedimiento”¹⁵². Se destaca el hecho que se entienda la autonomía de la mujer en el contexto de la toma de decisión producto a un consentimiento informado, propio del derecho a la información del paciente y correlativo deber del médico que podría presentarse en el contexto abortivo: sobre todo si se concibe dentro de un sistema de plazos y también si la legislación alude a esos derechos en el reconocimiento explícito de la prestación médica de la interrupción del embarazo¹⁵³.

¹⁵¹ SCHENCK, M. [s.a.]. La disputa por los derechos: la interrupción voluntaria del embarazo en Uruguay. [en línea] <<http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/4/2015/02/SCHENCK-Marcela-La-disputa-por-los-derechos.pdf>> [consulta: 11 junio 2018]

¹⁵² SCHENCK (2013) Óp. Cit. p. 35. El destacado es propio.

¹⁵³ Se destaca el artículo 1 de la ley 18.897 el cual señala “El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana y **promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población**, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo I de la Ley N° 18.426, de 1° de diciembre de 2008”. El destacado es propio.

Es más, doctrina disidente a la de despenalizar la interrupción del embarazo ha admitido que “la ley de aborto crea ‘un derecho al aborto’, no reconoce ni voz ni voto al padre de la criatura y a la madre no se le exige expresar causa justificada para desembarazarse”¹⁵⁴.

Como puede observarse, esta legislación comprende un entendimiento óptimo para reconocer un derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer. Por esta misma razón, independiente la inclinación ética que se tenga en Uruguay, es clara para todas las posturas que hoy existe un reconocimiento al derecho a abortar que podría servir de guía para reconocer el estatuto de *wrongful birth* en Latinoamérica.

Recientemente y como un insumo relevante a la discusión sobre el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva en Latinoamérica, el 30 de diciembre del año 2020 el Senado sanciona la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en Argentina siendo promulgada por el mandatario Alberto Fernández para su publicación en el Boletín Oficial el 14 de enero de 2021 junto con el plan ‘de los Mil Días’.

La ley 27.610 promueve un sistema de plazos hasta las 14 semanas de gestación. Pero lo que vale demostrar de ésta es que en su artículo 1 la ley establece textualmente que “**en ejercicio de sus derechos humanos**, toda mujer u otras identidades con capacidad de gestar **tienen derecho a decidir voluntariamente** y acceder a la interrupción de su embarazo hasta las catorce (14) semanas, inclusive, del proceso gestacional”¹⁵⁵, lo que excluye toda duda si es que en Argentina existe o no un derecho al aborto, dado que explícitamente habla del derecho decidir y acceder a la interrupción del embarazo, considerando al mismo como un bien jurídico en ejercicio de sus derechos humanos.

Ahora, para ver si el alcance está aproximado a la libertad de procrear o a la garantía de acceso, bastará observar el mismo contenido de la ley que elucida sobre el tema. El artículo 2 de esta ley regula los derechos protegidos y “garantiza a toda mujer o persona gestante, sin distinción de nacionalidad, origen, condición de tránsito y/o estatus de residencia/ciudadanía, todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, en especial, **los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, la vida, la autonomía, la salud**, la educación, la integridad, la diversidad corporal, la identidad de género, la diversidad étnico cultural, la intimidad, la

¹⁵⁴ MONTERO, A. 2015. El derecho a la vida: su problemática en el Uruguay de hoy. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 27: p.153.

¹⁵⁵ ARGENTINA. Ley 27.610 de 15 de enero, de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Boletín oficial, 15 de enero de 2021, núm. 34562.

igualdad real de oportunidades, la no discriminación y una vida libre de violencias”¹⁵⁶, lo que parece indicar que la legislación argentina adscribe a la libertad de procrear, en función de las palabras y menciones destacadas, aparejado al derecho de ‘decidir voluntariamente’ según lo dispuesto en el artículo anterior. Esta afirmación es sin perjuicio de los futuros alcances que la misma doctrina o jurisprudencia constitucional o civil argentina puedan precisar en función de la reciente vigencia de esta ley en el país que permita hacer un análisis pormenorizado en la materia.

En la actualidad, Argentina, Cuba y Uruguay son los únicos países de Latinoamérica que contemplan el derecho al aborto, al menos legislativamente. Esto no quiere decir que las puertas hacia el reconocimiento de uno de los pilares esenciales de la acción de *wrongful birth* se encuentren cerradas, si no lo contrario a partir de lo legislado y lo ocurrido en la última década.

Ahora se verá que, de la misma forma que existe reconocimiento legislativo del derecho a la interrupción del embarazo, sea entendido como reivindicación prestacional (garantía de acceso) o como derecho a la libertad plena de procreación, también existe un reconocimiento jurisprudencial del mismo, lo que se verá a continuación.

III.1.d. Reconocimiento en la jurisprudencia comparada

Consta recordar que Estados Unidos fue el primer país en plantear el estatuto de *wrongful birth* al mundo en el caso *Gleitman v. Cosgrove* (1967) y *Jacobs vs. Theimer* (1975)¹⁵⁷. Es en esa misma época en donde, además de discutirse la procedencia o no de indemnización por el nacimiento injusto, también se discutió la existencia o no de un derecho a la interrupción del embarazo, siendo así este país el precursor a un vasto camino constitucional y civil en todo lo relacionado con la prestación médica abortiva.

Es allí donde es indispensable mencionar un caso revolucionario visto en la Corte Suprema de Estados Unidos en los años 70: *Roe v. Wade*. En él, se resolvió el caso de Norma McCorvey (que durante el juicio para proteger su identidad ocupó el pseudónimo Jane Roe), una mesera de veinte años proveniente de Dallas, de escasos recursos, soltera y embarazada que buscaba

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ Ambos casos se verán en profundidad dentro del Capítulo V. Se adelanta que ambos casos cumplían con los presupuestos de la acción de *wrongful birth*, sin embargo, en el primer caso se negó indemnización, mientras que en el segundo se admitió indemnización, dando luz verde al futuro y predominante estatuto de *wrongful birth* en la jurisprudencia norteamericana.

interrumpir su embarazo, pero que, con la estricta legislación del Estado de Texas en materia de aborto, no podía llevar a cabo dicha prestación.

Al momento de que la Corte Suprema dictó sentencia, McCorvey dio a luz a una hija que dio en adopción. La sentencia evidenció un razonamiento histórico en relación al estatuto abortivo por medio del cual se estableció que no sólo la legislación de Texas, sino que la mayoría de las legislaciones de aborto en los Estados Unidos fueron declaradas inconstitucionales por la vulneración al derecho constitucional a la privacidad bajo la cláusula del debido proceso de la décimo cuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos¹⁵⁸. La resolución de la Corte Suprema obligó a modificar todas las leyes federales y estatales que prohibían o que restringían el aborto y que eran contrarias con la nueva decisión, razonamiento que luego fue reforzado por medio de la novena enmienda¹⁵⁹, disposición que permitiría homogenizar este nuevo precedente.

La conclusión es relevante ya que se instala por primera vez una construcción constitucional del derecho a abortar y no entendido como un ámbito de garantía prestacional (es decir, bastaría el acceso a la prestación médica para verse satisfecho el derecho) sino que derechamente dentro del ámbito de la autonomía y libertad plena de procreación derivándola del derecho a la privacidad. La doctrina citando la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos señala “el derecho constitucional a la privacidad es ‘[citando la sentencia] suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer de terminar o no con su embarazo’, procediendo de esta forma a derribar, no solo la antigua y estricta ley de Texas, sino que también las leyes de aborto más liberales a las que tendían las legislaturas de otros Estados”¹⁶⁰, lo cual dio a esta decisión el carácter de histórico: se dio paso a un precedente que construyó un bloque constitucional rígido y homogéneo en todos los estados para que se reconociera el derecho a la interrupción del embarazo de la mujer.

Esta conclusión derivó del test de ponderación y proporcionalidad realizado por los jueces de la Corte, los cuales discutían la titularidad del derecho a la vida del feto, y concluyendo su existencia condicionada a cierto período de tiempo junto a la inminente necesidad de tutelar

¹⁵⁸ Sección 1. Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria (...).

¹⁵⁹ La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ha de interpretarse como que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.

¹⁶⁰ MONDACA, AEDO, COLEMAN (2015) Óp. Cit pp. 24-25.

los derechos fundamentales de la mujer. Así se decidió formar un precedente de estatuto abortivo que contempló un sistema de plazos en una muy discutida aplicación de trimestres implementado por el voto de mayoría establecido por el juez Blackmun:

- (i) en el primer trimestre de embarazo, primaría siempre el derecho a la interrupción del embarazo de la mujer, derecho cuyo ejercicio sólo sería condicionado por el criterio del médico tratante de ésta;
- (ii) en el segundo trimestre de embarazo, la interrupción podía ser legislada por los Estados cuando ésta se fundamentare en la protección de la salud de la mujer;
- (iii) y por último, en el tercer trimestre la legislación de los Estados podría proteger el legítimo interés de la vida del que está por nacer, pero ese interés debería estar justificado acreditando viabilidad extrauterina del embrión¹⁶¹, “excepto cuando es necesario para la preservación de la vida o salud de la mujer”¹⁶².

Consta recalcar que inclusive en el tercer trimestre (que contemplaría el estatuto más restringido, pero no de prohibición absoluta) podría priorizarse derechos fundamentales de la mujer que constituyesen la causal terapéutica y al mismo tiempo la embriopática, pero sólo en casos de inviabilidad fetal en la misma forma que lo hace actualmente la ley 21.030 (es decir, en casos de incompatibilidad de la vida extrauterina). Todo esto bajo el tenor de reconocer un derecho a la interrupción del embarazo de la mujer entendida como libertad de procreación “concebida como autogobierno, a cuyo amparo la mujer podía decidir si terminar o no su embarazo”¹⁶³.

De todas maneras, existió cierta resistencia de algunos sectores respecto a la voz ‘privacidad’ que sirvió de fundamento para la consagración del derecho a la interrupción del embarazo, sobre todo en el contexto reproductivo al ser un concepto manipulable y aún más controversial si se entendía privacidad como la intimidad del hogar¹⁶⁴. Sin embargo, la doctrina

¹⁶¹ La viabilidad extrauterina del embrión se identifica generalmente entre las 24 y 28 semanas de embarazo, es decir, a los siete meses.

¹⁶² GÓMEZ (2015) Óp. Cit. p. 49 y SHAPIRO, I. 2007. El derecho constitucional del aborto en estados unidos: una introducción. Traducido por Hugo O. Seleme, Cristián A. Fatauros y Natalia Arrengue. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 31: 437-463.

¹⁶³ PEÑA, C. 2017. *Informe en Derecho: sobre la admisibilidad de la permisión del aborto por parte del legislador*. [en línea] Santiago de Chile. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=65204> [consulta: 5 julio 2018]

¹⁶⁴ Para explicar esta problemática se partía de la idea de que, si se entendía privacidad como ‘intimidad del hogar’, se estaría justificando limitar la autodeterminación sexual y reproductiva cuando la conducta sexual se ejerce en la intimidad del propio hogar. Por tanto, según esta postura, la violación entre cónyuges no existiría y la autodeterminación sexual y reproductiva no existiría en estos contextos. Si se entiende privacidad como intimidad del hogar, el ejercicio de la autodeterminación, y, por consiguiente, las hipótesis de aborto se verían gravemente limitadas, al menos bajo esta interpretación.

constitucional estadounidense se encargó de precisar que la privacidad no se entendía limitada a las cuatro paredes de la intimidad, sino que reconocía la palabra privacidad en un alcance absoluto, es decir, se debe reconocer a “la privacidad en el sentido de soberanía en la toma de ciertas decisiones y del hecho de que el Gobierno proteja la soberanía de la mujer sobre su cuerpo para la procreación”¹⁶⁵.

La voz privacidad no fue la única criticada por la doctrina de ese entonces, sino que también fue cuestionada el alcance del concepto ‘salud’. A diferencia de la primera controversia, esta pugna fue resuelta al momento que se dictó sentencia en el caso *Doe vs. Bolton* (1973), donde se conceptualizó la voz ‘salud’ para admitirla como condición para que la legislación federal o estatal del país pudiese permitir la interrupción del embarazo en el segundo trimestre. Así la sentencia reconoce ‘salud’ como una voz extensiva la que era comprendida a la luz de todos los factores en donde la sentencia reconoce los aspectos físicos, emocionales, psicológicos, familiares, así como la edad de la madre consideradas como relevantes para el bienestar de la paciente¹⁶⁶.

Así, las voces privacidad y salud fueron resueltas como para aclarar el precedente asentado por *Roe vs. Wade*. Su precedente en relación al alcance del derecho a la privacidad se entendió como el criterio macro y se repitió en casos como *Maher vs. Roe* (1977) y *Bellotti vs. Baird* (1979)¹⁶⁷. En estos casos, sin embargo, se explicitó el raciocinio detrás del reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo (o de autodeterminación sexual y reproductiva): éste deriva necesariamente de una ponderación de garantías donde el embarazo se vuelve ‘una carga insostenible’ para la mujer¹⁶⁸, siendo esta interpretación un impedimento para que los Estados cambien por medio de su propia legislación el sistema de trimestres que ahora se justificaba en el concepto de ‘carga insostenible de la madre’ en busca de encontrar de manera subrepticia limitaciones al derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva reconocido en *Roe v. Wade*.

De todas maneras, a inicios de los años 90, La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992) buscó reformular la interpretación que construye el derecho a la interrupción del embarazo en favor de la mujer y sus derechos como prioridad de mayor intensidad bajo el fundamento de la ‘carga insostenible’

¹⁶⁵ DWORKIN, R. 1994. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona, Ariel. p. 74.

¹⁶⁶ SHAPIRO (2007) Óp. Cit. p.442.

¹⁶⁷ *Ibíd.* p.443

¹⁶⁸ *Ibíd.* p. 445.

que debiese llevar si es que el Estado le impone continuar con el embarazo cuando sus derechos se ven gravemente afectados, reiterando el precedente de *Maher vs. Roe y Bellotti vs. Baird*, pero robusteciéndolo aún más.

El precedente creado en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* estableció que sólo podría prohibirse excepcionalmente la interrupción del embarazo por medio de legislación de los Estados cuando exista un interés compulsivo (*compelling state interest*) como para restringir el derecho a abortar, ya que, si no existía justificación que era considerada de peso, la legislación de ese Estado sería declarada inconstitucional¹⁶⁹.

Lo modificado en este precedente fue lo relacionado a la excepción de protección a la salud y vida de la mujer dentro del segundo y tercer trimestre existiendo viabilidad del feto, ya que sin la existencia del concepto de 'interés compulsivo' quedaba en los Estados suficiente discrecionalidad para ampliar en cada legislación las hipótesis en donde a la mujer le sería impuesto continuar con el embarazo. Así fue como el precedente del renombrado caso *Casey* resolvió el vacío generado por el voto de mayoría del juez Blackmun en *Roe v. Wade*.

Ante esta idea, la doctrina estadounidense concluye: "la decisión adoptada en *Casey* era que el interés estatal de proteger la vida potencial habría de ser visto como subordinado al derecho constitucionalmente protegido de la mujer al aborto (...) Superado el momento de la viabilidad, las amenazas a la vida o a la salud de la mujer pueden triunfar sobre las legítimas restricciones al aborto enraizadas en el interés estatal de proteger la vida potencial"¹⁷⁰, siendo evidente que de una u otra forma el bloque constitucional de *Roe v. Wade* se mantiene, pero procesado con criterios técnicos más específicos definidos por la jurisprudencia norteamericana.

Tales conclusiones no son ajenas a la realidad latinoamericana, ya que Colombia ha reconocido el derecho a la interrupción del embarazo para que así aplique el estatuto de *wrongful birth*, reconocimiento que fue llevado a cabo por la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁶⁹ En el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* se discutió la constitucionalidad de una ley que requería, antes de tomar la decisión de abortar, la voluntad del padre para que la mujer se sometiera a un aborto dentro de un sistema que requería procedimientos de información y consentimiento informado de la mujer con postergación de 24 horas para realizar el procedimiento. La ley, en la parte de información y consentimiento informado fue declarada acorde a la Constitución de los Estados Unidos, no así la parte que exigía el consentimiento del padre ya que se entendía que éste no era un interés compulsivo para justificar la restricción. Véase: PEÑA (2017) Óp. Cit. p.15.

¹⁷⁰ SHAPIRO (2007) Óp. Cit. pp. 447-448.

El primer paso jurisprudencial fue aquel en el que se discutió la existencia del derecho de autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer, que data del año 2006 en sentencia C-335/06 de la Corte Constitucional colombiana¹⁷¹ la cual resuelve que el derecho a la mujer a su dignidad y autonomía sirve para establecer que ella no debe entenderse como un instrumento de la legislación para la “reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”¹⁷². Todo porque “entendida la mujer como un ser libre, tiene también la libertad de decidir sus propios asuntos (libre desarrollo de la personalidad) y uno de esos asuntos es si se reproduce o no; siendo ambas decisiones igualmente jurídicas y respetables. La decisión de no reproducirse no puede estar penalizada, como tampoco puede estarla la de reproducirse. Se trata entonces de conceder la libertad de manera plena: a quienes quieren reproducirse y a quienes no quieren procrear”¹⁷³.

Esta misma interpretación es utilizada en una clarificadora sentencia de una acción de tutela del año 2009 (sentencia T-732/09) proveniente del mismo tribunal que realiza un análisis digno de transparentar subdividiendo el concepto de derecho fundamental en categorías diversas, entre ellas, algunas de las mencionadas más arriba:

La primera distingue entre la autonomía sexual versus autonomía reproductiva, categoría que inclusive fue criticada por la Corte ya que tal separación, según esta magistratura, ha permitido la existencia de una legislación que busca separar la individualidad de la mujer como persona sexualmente activa con la mujer/madre por lo que “el hecho de haber sido identificadas fundamentalmente como madres ha reducido la protección de su sexualidad a la de la maternidad o al menos ha priorizado ésta última sobre la primera”¹⁷⁴. De todas maneras tal separación no es concluyente para la Corte ya que continúa considerando que “no se puede negar que los derechos sexuales y reproductivos **están indudablemente relacionados pues**

¹⁷¹ Caso *Matha Sulat González*, el caso consistió en que Martha Sulay se había practicado una ligadura de trompas para no tener más hijos –siendo ya madre de tres hijas-, quedó embarazada. A la cuarta semana de embarazo y en una revisión ginecológica rutinaria le detectaron cáncer de cuello uterino en sus primeras fases precisando quimioterapia para salvar su vida. Solicitó -ante la evidencia de que el tratamiento de quimioterapia acabaría con el embarazo- la interrupción del embarazo y le fue denegado ante la ilegalidad del procedimiento en esos momentos -2005-. Solicitó radioterapia, pero se le negó porque este tratamiento también habría terminado con su embarazo. El embarazo continuó y dio a luz a su cuarta hija, para entonces el cáncer había producido metástasis en varios órganos y no admitía tratamiento.

¹⁷² COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Pleno) [en línea], Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006 [consulta: 17 mayo 2018]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>>. Parte Resolutiva N°81. Véase: GÓMEZ (2015) Óp. Cit. p. 52 nota al pie N°78 de la obra citada.

¹⁷³ *Ibíd.* [en línea].

¹⁷⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Octava Sala) [en línea], Sentencia T-732/09 de 15 de octubre de 2009 [consulta: 17 mayo 2018]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-732-09.htm>>, parte considerativa N° 5.

la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye a llevar una vida sexual sin riesgos de embarazos no deseados, lo que quiere decir que cada una de estas categorías posee una definición y un contenido propio, pero parten de una base común”¹⁷⁵.

Es decir, la Corte admite la existencia de un concepto de derecho al aborto subdividido más allá de lo que se describió en la primera parte de este capítulo y lo precisado por el resto de la legislación y jurisprudencia extranjera, pero reconoce que tal subdivisión debiese reconocer una base común que no puede ser pasada a llevar por subdivisiones legales, porque implican una disrupción de la vida sexual y reproductiva de la mujer, siendo que ambas conductas siguen como presupuesto la libertad e individualidad y no la imposición de ‘personalidades y roles separados’ en una misma persona. En este contexto una legislación que clasifica es una legislación que discrimina injustificadamente.

La sentencia de 2009 también acoge una segunda categoría de distinción, muy similar a la ocupada por la doctrina internacional¹⁷⁶ y española¹⁷⁷ antes citada: la que divide entre garantías de acceso y la libertad plena de procreación. La Corte precisa: “Los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación. Esta primera aproximación nos indica que abarcan **pretensiones de libertad, que exigen del Estado abstenciones**, pero también contienen **reivindicaciones de tipo prestacional, que requieren del mismo una actividad concreta**, las cuales deberán ser desarrolladas por el legislador y la administración para determinar específicamente las prestaciones exigibles”¹⁷⁸.

Esta interpretación es crucial y al mismo tiempo coherente con todo lo mencionado anteriormente en el acápite de derecho internacional y reconocimiento legislativo del derecho comparado al derecho a abortar, ya que guarda coherencia con la decisión tomada por la legislación española al momento de reconocer en la ley orgánica 2/2010 una garantía de

¹⁷⁵ *Ibíd.* [en línea], parte considerativa N° 5. El destacado es propio.

¹⁷⁶ Véase las afirmaciones antes expuestas de la profesora ROLDÁN al analizar los alcances que la doctrina internacional le da al derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, **afirmaciones citadas anteriormente en esta investigación.**

¹⁷⁷ Véase las conclusiones efectuadas por TORRES DE SILVA LÓPEZ DE LETONA al analizar la legislación abortiva española.

¹⁷⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Octava Sala) [en línea], Sentencia T-732/09 de 15 de octubre de 2009 [consulta: 17 mayo 2018]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-732-09.htm>>, parte considerativa N° 6. El destacado es propio.

acceso y no como libertad plena de procreación que no constituye un impedimento para aplicar de todas maneras el estatuto de *wrongful birth* como se verá más adelante.

Al mismo tiempo, esta subdivisión también busca reconocer ambas interpretaciones en el ámbito de prestaciones de salud (sea como abstención a la limitación en la autonomía plena como en actuación determinada e impositiva en la garantía de acceso) las cuáles pueden vincularse fácilmente al deber de información derivadas de un error u omisión de diagnóstico ¿no sería este resultado concreto de no información en la emisión de un diagnóstico de inviabilidad fetal suficiente como para afirmar un daño indemnizable por nacimiento injusto para Colombia? La respuesta, como se verá en los siguientes capítulos, es afirmativa.

Esta interpretación jurisprudencial también se basa en el bloque de derechos que se encuentra en la propia Constitución colombiana. Así la Corte añade: “con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia es posible afirmar que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva [entendida como un derecho subjetivo] y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva”¹⁷⁹. Esta interpretación deriva del artículo 42 de la Constitución colombiana que prescribe que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer que indiscutiblemente y sin contradicciones con la legislación y jurisprudencia colombiana se interpreta como el reconocimiento al derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos.

Resulta relevante mencionar que la forma en la que se redacta la Constitución colombiana es posible reinterpretar el artículo 16 de la CEDAW (firmada y ratificada por Colombia el año 1982) para consagrar un derecho a abortar en Colombia. Esto porque es completamente uniforme la interpretación legislativa y jurisprudencial pro reconocimiento del derecho a interrupción del embarazo o a la autodeterminación reproductiva. Sin embargo, se verá que la situación en Chile es completamente diversa, ya que el artículo 16 letra e) pierde sentido al momento de existir una interpretación contraria al reconocimiento de un derecho de libertad plena o siquiera garantía de acceso a la interrupción del embarazo, tal como lo hace el Tribunal Constitucional chileno como se verá más adelante.

¹⁷⁹ Ibíd. [en línea] parte considerativa N° 7.

Finalmente se debe observar que la interpretación constitucional realizada deviene también del bloque de derechos que derivan de la vida e integridad física y psíquica de la madre, su derecho a la salud y al mismo tiempo deriva de la ponderación de derechos que da como resultado la existencia de una carga insostenible para la madre que hacen injustificable una legislación restrictiva al no haber un interés prevalente (como se había mencionado: *compelling state interest*), lo que justifica que la legislación colombiana¹⁸⁰ - adhiriéndose al bloque constitucional utilizado por el Derecho Internacional, la legislación de diversos Estados que permiten la interrupción del embarazo, y el precedente norteamericano - permitiese un sistema de aborto de causales terapéutica, embriopática y criminológica. Legislación que es muy similar a la ley 21.030, pero que se encuentra sustentada en la interpretación jurisprudencial que reconoce el derecho a abortar en Colombia, lo que permite que en causal embriopática exista una fundamentación de daño por el derecho a la interrupción del embarazo por error u omisión de diagnóstico, lo que ha permitido aplicar el estatuto de *wrongful birth* y similares en Colombia¹⁸¹.

Para finalizar este acápite simplemente queda resumir lo recopilado. Es posible observar que, tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho interno de la mayoría de los Estados del mundo que legalizan o despenalizan la interrupción del embarazo, sean de la misma tradición jurídica que el sistema jurídico chileno, sean aquellos que dieron el primer paso para construir el estatuto de *wrongful birth*, o aquellos que por proximidad geográfica, social y cultural sean similares al Estado chileno, reconocen un derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva como un bloque único. Este bloque comprende la libertad de procreación y garantía de acceso, fundamentado tanto en la dignidad, autonomía y privacidad de toda persona, junto con el derecho a la vida e integridad física y psíquica y derecho a la salud. Siendo este bloque, sea cual sea la forma en que se le mire, fundamento suficiente para constituir un daño legítimo en una acción tal como la del *wrongful birth*.

No es necesario entonces reconocer un derecho absoluto de autonomía (en el sentido negativo en donde el Estado debe abstenerse de construir limitaciones para la mujer) para aplicar el estatuto de *wrongful birth*, sino que basta con que se reconozca explícitamente una garantía de acceso (deber activo del Estado de asegurar el acceso a una prestación médica

¹⁸⁰ Sobre todo, mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que consagra el derecho a la salud separado del derecho a la vida e integridad física y psíquica. Véase: COLOMBIA Ministerio de Salud y Protección Social. Ley estatutaria 1751, de 16 de febrero, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 16 de febrero de 2015, núm. 48427.

¹⁸¹ FERNÁNDEZ MUÑOZ (2017), Óp. Cit. pp.330-332.

legal) para que exista autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer, por lo que cualquiera sea el alcance conceptual que se tenga, aun así se tenga un daño legítimo en la acción en estudio.

La pregunta ahora queda abierta a la situación en Chile: ¿es esa la misma realidad en el país? ¿existe un precedente uniforme, claro, homogéneo y amplio? Esto se verá a continuación.

III.2. Desconocimiento del derecho a abortar en Chile a la vigencia de la ley 21.030.

El 28 de agosto de 2017 se dicta sentencia por el Tribunal Constitucional de Chile (causa rol n°3729-17) en relación al requerimiento de inconstitucionalidad de la ley 21.030.

Previas audiencias públicas y alegatos dieron cuenta de que la discusión giraba en torno a dos ejes: la titularidad del derecho a la vida del *nasciturus* (que derivaría inmediatamente en la discusión sobre la personalidad jurídica e inicio de la existencia de éste) y la discusión sobre la existencia de un derecho a abortar en Chile junto a la extensión de la objeción de conciencia que debiese existir en la ley 21.030.

Ante los informes y alegatos presentados al Tribunal, se tomó en cuenta el informe de la parte requerida junto los antecedentes presentados por la ex presidenta de la república Michelle Bachelet, los cuales destacaban la existencia de derechos de información y autodeterminación derivados al poder de decisión de todo paciente citándose las discusiones presentadas ante la vigencia de la ley 20.584¹⁸², presupuesto necesario para encaminar la ley 21.030 la cual se erigiría en favor de la autonomía de las mujeres, lo cual guardaba estricta coherencia con la ratificación del Convenio CEDAW en Chile el año 1989 por medio del Decreto N°789, hecho que evidencia para la requerida que en Chile se tiene conocimiento de las discusiones e interpretaciones que se han dado en el ámbito internacional y comparado.

También en la misma discusión se presentaron como argumento sentencias de inaplicabilidad¹⁸³ del mismo Tribunal Constitucional que fueron objeto de crítica por la parte requerida ya que en éstas los derechos de las mujeres relacionados a la sexualidad y la reproducción sólo eran considerados como intereses de ‘connotación afectiva’ al momento de

¹⁸² Simplemente recordar que este precepto legal, como se expuso anteriormente, regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

¹⁸³ CHILE. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea], Sentencia rol 740-07 de 18 de abril de 2008 [consulta: 21 mayo 2018]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=914>

hablar de la inconstitucionalidad de una norma, pero al mismo tiempo fueron mencionadas sentencias de inaplicabilidad¹⁸⁴ en donde se reconoció la autonomía sexual de las personas (no así la reproductiva) por el tribunal.

Tomando en cuenta este precedente, del requerimiento y el informe se constituyeron dos marcadas posturas que por años se han definido como las que han construido el debate en torno al aborto: “la primera, llamada conservadora, afirma que el derecho a la vida aparece desde la fecundación, por lo que defiende el derecho absoluto a la vida del no nacido y considera el aborto como un homicidio a un ser humano inocente; la segunda, denominada liberal, que defiende la separación entre derecho, religión y moral, acepta moralmente el aborto, considera que el embrión y el feto no son personas sujetos de derechos, pues simplemente tienen una expectativa de vida que debe ceder al derecho de la madre a decidir sobre su nacimiento, en tanto que ella tiene un derecho ilimitado a disponer de su propio cuerpo”¹⁸⁵.

Parte del primer enfoque de discusión (la personalidad jurídica del feto) se basó en el enfrentamiento entre la equivalencia de los conceptos humano/persona siendo el feto miembro de la especie humana, basándose esencialmente en el argumento de la continuidad biológica con existencia absolutamente continua; mientras que la otra postura planteaba que el embrión y el feto no son sujetos de derecho, por tanto cualquier intento de dotar de personalidad jurídica a un no nacido sería una ficción jurídica artificiosa e innecesaria¹⁸⁶.

Además, esta primera parte se basó en una interpretación constitucional del reconocimiento del derecho a la vida o no del *nasciturus*: por un lado se estableció que “en cuanto a los actos legislativos que dan reconocimiento al derecho a la vida de los no nacidos, y generan el marco de protección de la vida prenatal, se observa que la abrumadora mayoría de los [E]stados latinoamericanos ha mantenido la penalización del aborto voluntario y no se ha reconocido el mismo como un derecho”¹⁸⁷.

¹⁸⁴ CHILE. Tribunal Constitucional (Segunda Sala) [en línea], sentencia rol 1881-10-INA de 3 de noviembre de 2011 [consulta: 15 octubre 2018]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=2213>

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ MUÑOZ (2017) Óp. Cit. p. 321.

¹⁸⁶ *Ibíd.* pp.321-322.

¹⁸⁷ INFORME EN DERECHO *relativo al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atravía y su influencia en la Constitucionalidad del proyecto de ley denominado 'que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales'*. 2017. Por Soledad Bertelsen “et.al”. [en línea] Santiago de Chile. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=65371> [consulta: 5 julio 2018], p. 12.

Mientras que por otro lado se dijo que “la autonomía subyace a la carta constitucional [derivado de la dignidad de toda persona en el artículo 1 de la Constitución Política] (...) el nasciturus tiene el derecho a ser protegido. La diferencia entre ambas situaciones es la que media entre un imperativo categórico y un imperativo hipotético; tener un derecho fundamental no es lo mismo que ser objeto de protección”¹⁸⁸ esto último al referirse a la distinción de los dos incisos del artículo 19 N°1 de la Constitución Política, en donde se distingue por primera vez un interés constitucional (segundo inciso) versus un derecho fundamental de una persona reconocida por el derecho (primer inciso) más argumentos científicos presentados en la materia citando el Colegio de Bioética de México¹⁸⁹ en donde el reconocimiento de ser humano del feto en cualquier etapa de gestación es aparente y dependiente a determinados plazos dentro del periodo de gestación, lo que justifica que si bien la mayoría de los países penaliza en principio el aborto, éste no es reprochable penalmente en las primeras 12-14 semanas donde además el embarazo podría ser interrumpido inclusive a voluntad de la mujer y sin expresión de causal una vez de acreditar estar dentro de plazo¹⁹⁰ .

El segundo enfoque de discusión derivó de la existencia de un derecho a abortar en favor de la mujer embarazada en donde se tomaron puntos de vista que negaban rotundamente la existencia de un derecho de autodeterminación sexual y reproductiva asumiendo que el aborto de por sí no podía constituirse como garantía ya que “cualesquiera sean las circunstancias y las intenciones remotas, siempre y objetivamente, el contenido esencial de la deliberación, elección y acción consiste en terminar con la vida de un ser humano inocente aún no nacido”¹⁹¹; y por otro lado, aquellos puntos que hicieron suyos los argumentos anteriormente expuestos sobre la realidad internacional y comparada, asumiendo que Chile no tenía un reconocimiento explícito de autonomía sexual y reproductiva, pero que podría construirse a sí

¹⁸⁸ PEÑA (2017) Óp. Cit. p.17.

¹⁸⁹ El embrión de 12 semanas no es un individuo biológico ni mucho menos una persona, porque: Carece de vida independiente, ya que es totalmente inviable fuera del útero; Si bien posee genoma humano completo, considerar que por esto el embrión de 12 semanas es persona, obligaría a aceptar como persona cualquier célula u órgano del organismo adulto, que también tiene el genoma completo. La extirpación de un órgano equivaldría entonces matar a miles de millones de personas. A las 13 semanas el desarrollo del cerebro está apenas en sus etapas iniciales y no se ha desarrollado la corteza cerebral ni se han establecido las conexiones nerviosas de esa región que son indispensables para que puedan existir las sensaciones. Por lo anterior, el embrión de 12 semanas no es capaz de experimentar dolor ni ninguna otra percepción sensorial, y mucho menos sufrir o de gozar. Véase: ZUÑIGA FAJURI, A. 2011. Aborto y derechos humanos. *Revista de Derecho (Valdivia)* 24(2): p.172 citando al Colegio de Bioética de México.

¹⁹⁰ En la mayoría de los países de Europa, es de 13 semanas. El país donde el límite es mayor es en Chipre (con 28 semanas, pero sólo en ciertas circunstancias). Le siguen con 24 semanas Finlandia, el Reino Unido y Holanda. El resto de los países oscila entre las 12 y 22 semanas. En la misma línea, en los Estados Unidos resulta inconstitucional prohibir el aborto durante los dos primeros trimestres de embarazo. Véase: Ibíd. (2011), p.173.

¹⁹¹ S. BERTELSEN, “et. al” (2017) Óp. Cit. p. 12.

mismo tanto legal como jurisprudencialmente: “es posible derivar un argumento de autonomía a partir del derecho fundamental a la privacidad y a partir del artículo 1 de la Constitución (...) que, interpretada[o] en un sentido perfeccionista resulta inconsistente con otros derechos fundamentales como la libertad de conciencia, por ejemplo (...) este principio alcanza al ejercicio de la libertad sexual sin fines reproductivos; el uso de una amplia gama de métodos que impiden la concepción; y el empleo del cuerpo en una variada gama de actividad”¹⁹², lo que impedir ante toda hipótesis la interrupción del embarazo revelaría una incoherencia dentro del sistema ya que los mismos razonamientos para negar el aborto deberían también ocuparse en la comercialización y uso legal de métodos anticonceptivos y otras actividades.

Como consecuencia a lo anterior, el Tribunal Constitucional resuelve que el *nasciturus* no tiene titularidad al derecho fundamental a la vida y que tampoco la interpretación de la Constitución puede forzarse con tal de reconocérsele el carácter de persona dentro del sistema jurídico. Sin embargo reconoce que el artículo 19 N°1 inciso segundo reconoce la existencia de un interés común de gran relevancia, pero que tampoco es absoluto, ya que “esta protección no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer”¹⁹³.

Ahora, en función a los derechos e intereses en contradicción sujetos a ponderación constitucional, se resuelve que son los derechos a la mujer los que tendrían mayor peso, pero al referirse a estos derechos la sentencia de 2017 precisa “que la despenalización sería más bien **una prestación médica que se constituye en un auténtico derecho subjetivo**, [añadiendo que] no es posible desconocer que la Constitución Política asegura a todas las personas, **en el artículo 19 N°9, el derecho a la protección de la salud**”¹⁹⁴, lo que conllevaría a significar la interpretación en pos de reconocer la autonomía sexual y reproductiva. Sin embargo, el Tribunal asume en el mismo razonamiento que “las prestaciones médicas para practicar 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 el embarazo. **No hay un derecho nuevo, sino una**

¹⁹² PEÑA (2017) Óp. Cit. p.7.

¹⁹³ CHILE. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea], sentencia rol 3729-17 de 28 de agosto [consulta: 20 abril 2018]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=3515>. Considerandos °78-°79.

¹⁹⁴ Ibíd. [en línea]. Considerando °103. El destacado es propio.

garantía de igualdad ante la ley, pues se trata de una categoría eventual de pacientes que deben ser tratados de la misma forma”¹⁹⁵.

Como puede notarse, el Tribunal Constitucional considera el derecho a la salud como un derecho de acceso a una prestación médica legal cualquiera, que en este caso sólo podría estar dentro de las causales de la ley 21.030¹⁹⁶, pero rechaza explícitamente la existencia de un derecho subjetivo entendido como un derecho a la ‘autodeterminación sexual y reproductiva’, sea como autonomía plena o garantía de acceso a una prestación en donde la mujer decida sobre su embarazo.

Si bien podría decirse que con el reconocimiento al derecho a la protección a la salud existiría cierta ‘garantía de acceso’, no es en función de la garantía de acceso propia de la autodeterminación sexual y reproductiva, sino que en el mero sentido de reconocer acciones que tengan por objeto prevención, recuperación y rehabilitación a la salud.

Este último sentido no considera el vasto desarrollo jurisprudencial que se ha desarrollado en todo lo relacionado a los alcances de lo tutelado en el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva y en los correlativos deberes aplicables a la entidad médica en la particular prestación de interrupción del embarazo, como lo son los deberes de respeto y de garantía que se han evidenciado en la jurisprudencia constitucional del derecho comparado¹⁹⁷.

¹⁹⁵ *Ibíd.* [en línea]. Considerando °103. El destacado es propio.

¹⁹⁶ Sobre todo, después del reconocimiento hecho por el Dictamen de Contraloría General República relacionado al reconocimiento del aborto como una prestación médica tutelada por el derecho fundamental del artículo 19 n°9 de la Constitución al negar la objeción institucional de organismos de salud del Estado. Establece: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud”. En la misma línea, su inciso cuarto prevé, en lo pertinente, que ‘Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley’. Luego el artículo 1° del citado decreto con fuerza de ley N°1 de 2005, dispone que compete al Ministerio de Salud ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar acciones. En conformidad con lo anterior, los establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia, pues se encuentran en el imperativo de cumplir la obligación del Estado de otorgar las acciones de salud definidas por el legislador”. Véase: CHILE. Contraloría General de la República [en línea], Dictamen 11781 de 9 de mayo de 2018 [consulta: 21 mayo 2018]. Disponible en: <<https://www.contraloria.cl/mesaprueba/842577F8004BAD41/0/FDAFA3C7D79E17B903258288006BFAF9>>. A pesar de esto, y pese las insistencias de Contraloría, esta interpretación fue vetada por el mismo Tribunal Constitucional en los requerimientos 5572-2018 y 5650-2018 que buscaban declarar inconstitucional el decreto n°67 del 23 de octubre de 2018 que regulaba objeción de conciencia permitiendo así nuevamente la objeción institucional de las instituciones que guarden relaciones con el Estado según lo estableció Contraloría. Esto no hace más que recalcar la dispar interpretación constitucional de la jurisprudencia administrativa y contenciosa con la constitucional, disparidad que recalca la poca claridad de los argumentos y el razonamiento ocupado por el Tribunal Constitucional para así limitar el ejercicio o reconocimiento de la autodeterminación sexual y reproductiva las mujeres en Chile.

¹⁹⁷ Los deberes de garantía y respeto han sido citados en casos de acción de tutela ante la Corte Constitucional de Colombia para precisar el significado de autodeterminación sexual y reproductiva en un sentido restringido (es decir, como garantía de acceso dentro de las causales). Se ha dicho que la obligación de respeto implica que la entidad médica debe ‘abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis

Sin estos alcances de tutela y sus correlativos deberes, la identificación del daño en una eventual acción de responsabilidad civil estaría vinculada a un factor efímero y de una pesada carga ética sin justificación inminentemente jurídica, y al mismo tiempo los estándares exigibles al profesional médico serían distintos y encaminados a un modo inclusive más paternalista de tutelar el derecho a la salud, y no en el sentido de dar mayor prioridad a la voluntad de la mujer y a su propio proyecto de vida, quedando entonces éste en un rol secundario.

Ahora, precisando el enfoque en el silogismo completo ocupado por el Tribunal se puede afirmar que éste toma en cuenta todas las bases argumentativas del bloque constitucional del Derecho Internacional y comparado para reconocer el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, pero curiosamente resuelve lo contrario: que a pesar de todo lo anteriormente mencionado, ese derecho no existe en Chile.

Esta particular interpretación se refuerza en los votos disidentes y previnientes, los cuales afirman que “no existe conflicto o tensión real [de derechos] (...) Lo recién señalado vale aún más cuando el supuesto derecho que se enarbola es la libertad y autonomía reproductiva de la mujer, el cual, no sólo es de una gran amplitud o vaguedad, sino que, además, no es uno que, a diferencia del anterior, tenga reconocimiento expreso en la Carta Fundamental”¹⁹⁸ y derechamente que “no existe en norma alguna constitucional, un supuesto de derecho general de las mujeres a abortar. En efecto, el aborto libre sin causales no está permitido constitucionalmente”¹⁹⁹.

Es merecedor de análisis el argumento explicitado por la disidencia, ya que éste afirma que “no se ha invocado en estos autos ningún tratado internacional que obligue a Chile a consagrar legalmente el derecho a la mujer a abortar un feto supuestamente inviable porque la expone un sufrimiento”²⁰⁰.

despenalizadas o exigir requisitos adicionales a los descritos en la legislación y jurisprudencia que despenaliza el aborto (que en Colombia son a través de un sistema de causales. Por su parte, el deber de garantía implica desarrollar, en la órbita de competencias de la entidad médica todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de despenalización, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, seguridad y calidad. Véase: Colombia. Corte Constitucional Colombiana (Octava Sala) [Internet]. Sentencia T-585/10, de 22 de julio de 2010 [Fecha de consulta: 20 enero 2019]. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-585-10.htm>

¹⁹⁸ CHILE. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea], sentencia rol 3729-17 de 28 de agosto [consulta: 20 abril 2018]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=3515> Voto disidente.

¹⁹⁹ Ibíd. [en línea]. Prevención Ministros María Luisa Brahm Barril y José Ignacio Vázquez

²⁰⁰ Ibíd. [en línea]

Tomando en cuenta el argumento del voto previniente, no queda más que reiterar las conclusiones realizadas en acápite anteriores en donde el reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo no tiene por qué ser un numeral distinto del catálogo de derechos fundamentales ni necesariamente estar precisado en una norma constitucional explícita. Bien puede darse el primer paso al reconocimiento del derecho a autodeterminación sexual y reproductiva bajo vía jurisprudencial – tal como lo hace el sistema jurídico estadounidense y colombiano - para luego ser avalada por la legislación. Que no exista un numeral en el artículo 19 de la Constitución no es factor decisorio para negar el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva²⁰¹.

Además, si bien puede ser posible que en el expediente de 2017 no se hayan acompañado tratados internacionales aplicables en relación al reconocimiento del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva (y dado que los jueces en Chile funcionan bajo iniciativa de partes y predominancia de la verdad formal), se debe recalcar que afirmar que no exista tratado internacional en la materia es un argumento apresurado.

Ya el mensaje de la presidenta Bachelet evidenció una pesada deuda histórica por parte de Chile en materias de reconocimiento de derechos sexuales y reproductivos en favor de la mujer en las observaciones finales realizadas por el Comité de Derechos Humanos en el año 1999²⁰², el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en 2004²⁰³, y los informes de 2012 y 2016 realizados por la Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de las Naciones Unidas²⁰⁴. Sin embargo, consta precisar dos elementos clave sobre estas

²⁰¹ Esta afirmación es bajo la idea de que, si bien es guía, el reconocimiento jurisprudencial no es indispensable para el reconocimiento del derecho de la autodeterminación sexual y reproductiva. No debe olvidarse que el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política establece que es deber de los órganos del Estado respetar los derechos garantizados por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, entre ellos, el Convenio CEDAW. La problemática que se expone en este caso se debe a la precisión que el Tribunal Constitucional hace a este derecho, predicamento que evidencia una obstaculización al pleno ejercicio de la autodeterminación sexual y reproductiva.

²⁰² “[I]a penalización de todo aborto, sin excepción, plantea graves problemas, sobre todo a la luz de informes incontestados según los cuales muchas mujeres se someten a abortos ilegales poniendo en peligro sus vidas (...) El Estado parte está en el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida de todas las personas, incluidas las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo. En este sentido el Comité recomienda que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general de todo aborto y proteger el carácter confidencial de la información médica”. Si bien se encuentran fuera del espectro de investigación, Véase: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, 65º período de sesiones, 30 de marzo de 1999, CCPR/C/79/Add.104, párrafo 15.

²⁰³ El que “recomendó al Estado que “revise su legislación y despenalice el aborto cuando se trate de abortos terapéuticos y cuando el embarazo sea consecuencia de violación o incesto”. Si bien se encuentran fuera del espectro de investigación Véase: Artículos 16 y 17 del Pacto Internacional, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales Chile, 33º período de sesiones, 1 de diciembre de 2004, E/C.12/Add. 105, Párrafo 52.

²⁰⁴ En específico estos informes declararon que: “El Comité recomienda que el Estado Parte considere la revisión de las leyes relativas al aborto con miras a suprimir las disposiciones punitivas aplicables a las mujeres que se

fuentes: estos informes y observaciones se presentaron antes de la ley 21.030, y al mismo tiempo estos informes transparentaban la necesidad de legislación abortiva, pero simplemente bajo la voz de exhortar a los Estados a regular la materia, no a obligarlos.

Otro argumento a ocupar es que la Convención de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer es obligatoria para Chile, dado que fue firmada y ratificada por Chile el año 1989 mediante decreto N°789, y en forma de ley según el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, el que debiese ser una norma obligatoria vinculante para Chile en esta materia.

Pero, frente a la resolución del Tribunal Constitucional, precisando el alcance de la ley 21.030, ¿no se podría evidenciar una clara contradicción a la norma? La respuesta debe ser negativa: Primero, porque los informes de la CEDAW no son obligatorios y la convención no establece alguna norma precisa y concluyente que implique un reconocimiento explícito del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva²⁰⁵, como lo hacen las leyes positivas de los países extranjeros anteriormente mencionados, o como lo hace también la resolución del parlamento europeo, también mencionada anteriormente.

Además, como contrapeso a la convención de la CEDAW, ley para Chile, existe una ley precisa y de alcance restrictivo (tal como se concluyó en al cuarto acápite del capítulo I de esta investigación) junto con una interpretación concluyente del Tribunal Constitucional negando la existencia de un derecho subjetivo nuevo entendido como derecho a abortar.

Es necesario profundizar en este contrapeso ya que debería adelantarse que este otro lado de la balanza parece ser más pesado al momento de sopesar dos interpretaciones relacionadas a la consagración de un derecho a abortar en Chile.

someten a abortos y les dé acceso a servicios de calidad para tratar complicaciones derivadas de abortos inseguros y reduzca las tasas de mortalidad materna, de conformidad con la recomendación general 24, relativa a la mujer y la salud, y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing”. Si bien se encuentran fuera del espectro de investigación, Véase: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile, 36° período de sesiones, 25 de agosto de 2006, CEDAW/C/CHI/CO/4, Párrafos 19 y 20).

²⁰⁵ Podría plantarse que, en la convención de la CEDAW, la única regla relacionada al derecho a abortar sería el artículo 16 letra e) el cual define: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Como se puede ver, este artículo ocupa una voz genérica de la palabra ‘medidas’ que podría involucrar políticas públicas de salud, educación, planes y programas u otros medios para satisfacer el foco central del artículo: eliminar la discriminación de la mujer en las materias allí expuestas, materias que no significan necesariamente el reconocimiento de derechos subjetivos enraizados en la libertad de decisión o de garantía de acceso propios de la autodeterminación sexual y reproductiva.

Esta conclusión puede levantar sospechas, y es por esto que es indiscutible aludir a la pregunta sobre si es efectivamente relevante que la interpretación del Tribunal Constitucional puede ser más ‘pesada’ que la interpretación realizada por un tratado internacional con vigencia en Chile, más allá del nivel de especificidad y claridad en la norma. Como puede observarse, se entrará a una discusión de carácter formal.

Se enfatiza que el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional con relevantes particularidades que lo distinguen de la jurisdicción común: desde 1993 aplica el efecto de cosa juzgada en sus decisiones y utiliza particularmente el sistema del *stare decisis* propios del sistema del precedente²⁰⁶ junto con el efecto *erga omnes* de sus sentencias en requerimientos de inconstitucionalidad, no así los de inaplicabilidad que siguen el alcance vinculante de las sentencias propias de la jurisdicción común, es decir, bajo efecto relativo (artículo 3 del Código Civil, inciso segundo).

Además de estas particularidades, se puede ver que en necesidad de interpretar la ley según la Constitución, “aun cuando el Tribunal Constitucional no es el único autorizado a interpretar la Carta Fundamental, sí es su intérprete final”²⁰⁷ queriendo decir esto entonces que estos “pronunciamientos jurisdiccionales deben tener sobre todos los demás órganos del Estado, particularmente sobre los poderes colegisladores”²⁰⁸ primacía interpretativa en función de la mantención del Estado Democrático de Derecho. La idea recién expuesta no es ajena al problema relativo a la interpretación del alcance de un tratado ratificado en función a la legislación nacional, como lo es el caso de la interpretación sobre el alcance y sentido de la CEDAW para darle así concordancia con los alcances de la ley 21.030 que busca guardar una misma línea conceptual de derechos tutelados que se encuentren acorde a la Constitución.

Esta supremacía interpretativa no sólo se ve fundamentada en la doctrina, sino que también en la historia de la ley, ya que el artículo 31 del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en discusión legislativa en el año 2006 señalaba que “[l]os órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva”. Esto se encuentra perfectamente fundamentado en la idea de que el Tribunal Constitucional da alcance a la normativa de mayor jerarquía dentro del sistema jurídico entendiendo que la interpretación constitucional “trata de una base del sistema institucional, cuyo vigor normativo se irradia, de

²⁰⁶ CARREÑO PÁVEZ, G y JARAQUEMADA ROBLERO, J. 2010. La fuerza vinculante de las sentencias constitucionales y el reconocimiento de derechos fundamentales: a propósito de la ley sobre regulación de la fertilidad. *Revista Chilena de Derecho* 37(2): p.406.

²⁰⁷ *Ibíd.*p.407.

²⁰⁸ *Ibíd.*pp.408-409.

manera directa e inmediata, a la Carta Fundamental entera **y a toda la legislación complementaria**²⁰⁹, lo que significa que cualquier ley de origen internacional ratificada en Chile también debería erigir sus márgenes acorde la interpretación constitucional dada esta legitimidad formal del Tribunal Constitucional.

A este presupuesto debe adherírsele la idea de que un tratado internacional ratificado y vigente en Chile es derecho vigente y, por la materia que se está discutiendo en esta investigación, correspondería a derecho vigente de rango constitucional que sólo puede ser interpretado por ley, ya que acota los potenciales sentidos de la norma constitucional, orientando su actividad. Esto quiere decir que si un tratado como el convenio CEDAW que trata de derechos fundamentales da paso para ser interpretado, su interpretación debe ser acorde la legislación nacional para determinar su alcance y sentido, no llevando necesariamente el razonamiento indiscutiblemente al reconocimiento de la autodeterminación sexual y reproductiva. El convenio en este caso puede ser el paso inicial, pero no el concluyente para reconocer tal bien jurídico.

Además de la estabilidad institucional se tiene como fundamento a la interpretación final por el Tribunal Constitucional la separación de los poderes del Estado, el principio de supremacía constitucional (artículo 6 de la Constitución Política), principio de igualdad ante la ley (artículo 19 N°2), principio de legalidad funcional y administrativa (artículo 7), principio de legalidad, inavocabilidad e independencia orgánica de la jurisdicción (artículo 76) y las reglas relativas a los efectos de la resolución del Tribunal Constitucional (artículo 94)²¹⁰.

Este conjunto de principios se justifican también en un criterio adicional, pero relevante que hace distintivo el rol del Tribunal Constitucional y éste es el hecho de que “la justicia constitucional es hoy, ante todo, una justicia de los derechos fundamentales, principalmente por la obligación positiva y directa de respeto que reclaman sus enunciados jurídicos que – como tantas veces se ha repetido– solo se limitan a reconocer derechos y no son producto de la voluntad mayoritaria del legislador o de la soberanía nacional”²¹¹. Así al interpretar el alcance de derechos fundamentales también determinan la amplitud o no de una ley dependiente de la voluntad soberana o en ejercicio de soberanía, y si ésta última se contradice a la esencia de un derecho fundamental dentro de la Constitución, puede ser declarada o inconstitucional o limitada en su alcance, tal como lo puede ser la conceptualización de los preceptos de la ley

²⁰⁹ *Ibíd.*p.413. El destacado es propio.

²¹⁰ *Ibíd.*pp.413-415.

²¹¹ *Ibíd.*pp.404-405

21.030 o de la CEDAW para que por medio de esta interpretación final se pueda negar rotundamente la existencia de un derecho fundamental.

Este mismo argumento posteriormente fue precisado por la doctrina bajo descriptores particulares, se decía que la labor interpretativa “corresponde primariamente al órgano de jurisdicción constitucional y que en el ejercicio de tal facultad este **‘crea’ derecho –aunque, por cierto, no legisla–** de manera tal que el contenido de sus sentencias debe considerarse la guía suprema en las materias abordadas respecto de todos los demás tribunales”²¹².

Bajo esta idea, si bien se crea derecho, no se legisla. Esta afirmación sigue siendo hasta al día de hoy una de las principales críticas al control de constitucionalidad, sobre todo ante requerimientos de inconstitucionalidad, llevados a cabo sea tanto por tribunales ordinarios (como lo es en el caso de Estados Unidos) como por tribunales especiales (como lo es en el caso de Europa y Chile). Se ha criticado fuertemente el hecho de que, ante el poder supremo interpretativo del tribunal y la independencia propia al resto de los poderes del Estado en control de constitucionalidad los tribunales ejercen una labor interpretativa afectada por ideologías políticas. Así se afirmó que “no obstante, el juez, en principio, no juzga según consideraciones de orden político; él no reemplaza al legislador. Con todo, esta anterior apología sería irrefutable si los textos constitucionales fueran siempre claros. A veces se presentan textos oscuros que es necesario interpretar ... subjetivamente”²¹³.

Esas críticas se hicieron particularmente fuertes en Estados Unidos, ya que el control de constitucionalidad en este país estuvo caracterizado por tres periodos en donde primó un activismo judicial intenso ejerciendo más que nada una labor educativa que una labor inminentemente jurisdiccional. Proceso que justificó adaptaciones a la Constitución de casos particulares bajo fundamentos políticos basados en el proteccionismo progresista versus el liberalismo absoluto²¹⁴.

Ahora, la intensidad del activismo propio de la Corte Suprema de Estados Unidos no es la misma que la presentada en los sistemas jurídicos Europeos (que inspiraron la creación del Tribunal Constitucional Chileno): en primer lugar, el Tribunal Constitucional es un tribunal

²¹² *Ibíd.* p.407.

²¹³ Este activismo se evidenció en las resoluciones de la Corte que invalidaron la ‘Child Labor Act’ (que instalaron el liberalismo absoluto como criterio base para interpretar la Constitución), el caso *West Coast Hotel Co. V. Parrish* que evidenció un giro hacia el progresismo como filtro interpretativo, para finalizar en un progresismo más equilibrado en los años sesenta como se vio en *Brown V. Board of Education*. Véase: CORREA HENAO, N.R. 1987. Del control de constitucionalidad en Estados Unidos y Europa. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, vol. 78: p.149.

²¹⁴ *Ibíd.* pp.151-153.

especial; en segundo lugar, éste se compone eligiendo sus miembros por medio de las autoridades de más alta jerarquía; en tercer lugar, y frente a la crítica de diversidad de criterios interpretativos haciendo maleable la fuerza constitucional, los miembros de los Tribunales Constitucionales en Europa permanecen en su cargo en periodos relativamente largos permitiendo estabilidad y certeza en sus decisiones; y en último lugar, al existir activa intervención de múltiples instituciones en los nombramientos “comporta una necesaria diversidad de criterios e intereses en la conformación de estas Cortes Constitucionales”²¹⁵.

Ahora, la existencia de diversidad y mayor fundamento institucional-orgánico no son suficientes como para evadir la crítica relativa al rol eminentemente político que realiza, por más que la doctrina niegue su labor legisladora.

Recientemente la doctrina chilena constitucional se ha manifestado respecto a este problema, entre ellos ATRIA (2016) quien afirma que un sistema jurídico no busca su legitimidad en cuestiones solamente sustanciales o formales, sino que fundamentada en ‘instituciones’ o ‘entidades mediadoras’ que concilian función y estructura, principios y reglas porque así sería la única forma de hacer inteligible el derecho. Es así que para ATRIA el derecho es entendido por medio de “instituciones que se entienden funcionales, pero cuya función se desempeña estructuralmente. (...) negarlo, ya por la vía de ignorar la relevancia de la función y atender sólo a la estructura, o por la vía opuesta de ignorar la relevancia de la estructura y atender solo a la función, es no entender el derecho como un sistema institucionalizado. E ignorar la dimensión institucional del derecho hace al derecho ininteligible”²¹⁶. Es decir, el derecho legislativo, administrativo o jurisdiccional es entendido sustancialmente por la función, pero luego se legitima al encasillarse en una estructura determinada.

Por eso, al definir jurisdicción parte por la labor de su función ‘activista’ vs ‘mecanicista’ el cual aplica ‘reglas’ o ‘principios’ definiéndolos en el término de que “una ‘regla’ supone que los casos cubiertos por ella han sido solucionados y que su contenido (de la regla) refleja el resultado de una ponderación de bienes ya realizada; [y] un ‘principio’ supone ponderación futura”²¹⁷ donde el juez cumple una labor de ‘aplicación’ en el ámbito de los principios ante una

²¹⁵ *Ibíd.* p.154.

²¹⁶ ATRIA, F. 2016. *La forma del derecho*. Madrid, Marcial Pons. (Colección Filosofía y Derecho). p.148.

²¹⁷ *Ibíd.* p.208.

expresión impropia de la ley, así “la corrección de la expresión impropia de la ley es la forma paradigmática de ejercicio de la potestad jurisdiccional”²¹⁸.

Entonces, un juez sería quien corregiría la expresión impropia (producto a una ponderación de intereses no prevista) en la ley sin perder de vista la misma. Es más, al ocupar el esquema mediador de ATRIA, en la función jurisdiccional “la ley no aparece como medio, sino como un fin”²¹⁹.

El problema se presenta cuando se habla del Tribunal Constitucional que, al dictar sentencias de inconstitucionalidad, bien lejos están de ‘aplicar’ en una ‘ponderación de intereses no prevista en la regla’ en el ‘caso particular’. En el contexto de la ley 21.030, el Tribunal Constitucional mide el alcance de derechos subjetivos que sirven de fundamento para declarar la constitucionalidad de la ley y es bien claro qué alcance se le quiere dar en torno a la consagración del derecho al aborto o más bien el derecho de la autodeterminación sexual y reproductiva. La inconstitucionalidad no afecta sólo al caso, si no al ordenamiento completo.

Por esto, ATRIA opina que la naturaleza del Tribunal Constitucional choca con su modelo de justificación y legitimación institucional basada en la mediación entre estructura y función del derecho, debido a que el Tribunal Constitucional confunde su función inminentemente legislativa con una estructura jurisdiccional. Esto evidencia lo que el autor denomina como ‘déficit de legitimación material’ llevando inevitablemente a construir un proceso de ‘presión adaptativa’ donde el tribunal constitucional pueda compatibilizar función y estructura en un solo poder del estado.

Y he aquí lo gravitante en relación a la discusión sobre el valor de la sentencia del 2015 respecto a la constitucionalidad de la ley 21.030 versus la convención de la CEDAW: para ATRIA “la manera de compensar ese déficit ha sido entender la estructura del tribunal constitucional [que encasilla la función propia del órgano en análisis] de modo de asimilarla a que legitima las decisiones que corresponden a la función que en realidad desempeña, la legislativa”²²⁰, conclusión que no es baladí ante la discusión sobre el derecho a abortar.

Es más, el mismo autor prevé el rol legislativo que el Tribunal Constitucional toma en materias de reconocer un derecho de autodeterminación sexual y reproductiva haciendo referencia al precedente generado en *Roe vs. Wade*, afirmando que “las decisiones de un

²¹⁸ *Ibíd.* p. 212.

²¹⁹ *Ibíd.* p. 213.

²²⁰ *Ibíd.* p. 234.

tribunal constitucional solo pueden ser entendidas como decisiones de justificación de normas [y no de aplicación, como lo hace la labor del juez] y por eso no pueden ser jurisdiccionales en sentido funcional”²²¹, pero que al ser contradictoriamente ‘jurisdiccional’, estructuralmente hablando, no habría legitimación material: por lo que debería entenderse tanto funcional como estructuralmente como ‘legislación’ pura y dura, porque sin estructura legislativa, el Tribunal Constitucional se encuentra vacío, bajo un criterio nominalista²²² sin inteligibilidad del derecho.

Es por eso que sin este sentido de institucionalidad, se entendía que “al reconocer un derecho al aborto, la Corte Suprema [de Estados Unidos] estaba actuando como juez y no como legislador”²²³ sin tener una mayor fundamentación que darle el carácter de ‘juez político’ el cual no cumple verdaderamente con la consideración de la ley como fin. Por eso ATRIA concluye que “[p]ara fundar esta respuesta, entonces, para presentar el *judicial review* como algo propiamente judicial, era necesario [en *Roe v. Wade*] redefinir la función judicial. Aquí está el origen del giro nominalista, porque lo único que comparten la jurisdicción propiamente tal y la jurisdicción constitucional es el nombre”²²⁴.

Así, se debe concluir que una decisión proveniente del Tribunal Constitucional bajo una visión moderna del derecho, debe verse como una función y estructura netamente legislativa con fuerza obligatoria y general aplicable para todos, por más contradictorio que pueda parecer al observar el nombre de ‘Tribunal Constitucional’. Y es con este pensamiento que la sentencia de un requerimiento de inconstitucionalidad posee carácter de *erga omnes* y con fuerza de ley en conjunto con un precepto determinado, ley 21.030, proveniente del órgano legislativo que la precisa, versus un tratado internacional en donde se establece un estatuto genérico y donde sus interpretaciones precisas del artículo 16 letra e) se ven determinadas por comunicaciones realizadas a Chile, pero en tono de recomendación, constituyendo fuente de *soft law* en Chile.

III.3. Consecuencias que genera el reconocimiento del derecho a abortar en el sistema *wrongful birth*.

Frente a todo lo anteriormente expuesto se puede evidenciar que, entendido el daño legítimo en concreción flexible y faz negativa, se da una construcción amplia de lo que da

²²¹ *Ibíd.*p.252.

²²² Donde el carácter de jurisdicción no tiene ininteligibilidad y sólo tiene valor como ‘nombre’ o ‘etiqueta’.

²²³ ATRIA (2016) *Óp. Cit.* p.253.

²²⁴ *Ibíd.* p.253.

legitimidad al daño en la acción civil de responsabilidad, daño que sería fundamentado en intereses de variada índole con la mera condición de no ser antijurídicos.

Un derecho fundamental sirve de guía para afirmar la existencia de un daño legítimo, pero en la acción de *wrongful birth* se identifica la legitimidad del daño con un **reconocimiento pleno y explícito** del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva.

Es este derecho el que ha causado controversia y aplicación dispar en el mundo, sin perjuicio de evidenciarse una voluntad legislativa y jurisprudencial mayoritaria en favor de su reconocimiento. Este derecho es entendido tanto como libertad de elección, autonomía y autodeterminación, como garantía de acceso o reivindicación prestacional tanto en el derecho internacional como comparado, sea bajo reconocimiento legislativo como jurisprudencial. Se vio que la autodeterminación en un sentido amplio comprende la autonomía plena, lo que constituye un deber de abstención del Estado en no intervenir en la libertad de decisión de la mujer de no reproducir o reproducir, mientras que la garantía prestacional se refiere a un deber activo del Estado en asegurar la entrada a la prestación médica como servicio, deber imputable a todos los intervinientes del Estado y cuerpo médico.

Con esto, se puede ver que ambos alcances conceptuales, según doctrina y jurisprudencia comparada, comprenden efectivamente el daño legítimo de la acción de *wrongful birth*.

La construcción de este derecho se determina a partir de bloques constitucionales interpretativos que devienen tanto de la privacidad como de la vida, integridad física y psíquica y la salud de toda persona, los cuales se ponderan como derechos en contraposición a un interés constitucional de proteger al que está por nacer. En este resultado siempre el bloque constitucional de derechos se presentará en favor de la mujer, sin perjuicio de dar excepcionalmente prevalencia al interés constitucional en cierta etapa del periodo gestacional (por eso no es de sorprender que los países que son influencia de la tradición continental en Chile, en su mayoría, utilicen ampliamente un sistema de plazo sin expresión de causal).

Lo restrictivo se encuentra en la necesidad de explicitar la autodeterminación de la mujer como todo paciente en el contexto sexual y reproductivo, porque de no ser así no puede ser procedente una acción tal como la del *wrongful birth*.

Es este reconocimiento explícito el elemento que falta en Chile para poder admitir una acción de *wrongful birth*, ya que el fundamento para el daño resarcible no se reconoce de esta manera, es más, se niega rotundamente un 'derecho al aborto' por lo que cierra las puertas para erigir un daño legítimo en una acción de *wrongful birth*. Negación que se construye a

partir de los alcances que el Tribunal Constitucional ha hecho a la ley 21.030, organismo que más que cumplir una labor jurisdiccional y de estructura y función de aplicación, cumple una labor de justificación de la decisión democrática actuando como órgano legislativo, aplicando derecho por vía de sentencia con efecto *erga omnes*.

Ahí es donde se pueden evidenciar criterios que en esencia son contradictorios, sobre todo considerando la línea argumentativa del mismo Tribunal Constitucional que hace suyos en el voto de mayoría los argumentos presentados por el mensaje presidencial en favor de defender la autonomía de las mujeres, y al reconocer el derecho a la salud, a la vida, la integridad física y psíquica y dignidad de la mujer a ser tratada como cualquier otro paciente sometido a un sistema médico que actualmente busca alejarse de la concepción paternalista en donde el médico tomaba las decisiones ante tratamientos de gravitante relevancia y riesgo. Por algo la doctrina civil chilena ha recurrido a la misma ley 20.584 de derechos y deberes del paciente para fundamentar la autodeterminación del paciente para salir de esa cosmovisión de la profesión médica y admitir hipótesis amplias de responsabilidad civil, las cuales pueden encajar perfectamente en el sistema de *wrongful birth* si solo existiera un reconocimiento jurisprudencial (o legal si es que se diera) en la materia.

Lo que se quiere explicitar en esta conclusión es que el Tribunal Constitucional toma premisas mayores y menores al interpretar la ley que conllevarían indiscutiblemente a reconocer un derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, al tomar en cuenta en su voto de mayoría todos los insumos generados por la experiencia comparada e internacional, junto al tenor de los principios rectores que se ubican en el contexto histórico y social de la ley 21.030, pero este órgano en el voto preveniente no hace más que lo contrario: alegar la inexistencia de este derecho, sea por la existencia de un interés constitucional de proteger la vida del que está por nacer (lo que no ha sido impedimento para que otros Estados puedan reconocer el derecho a la interrupción del embarazo y aplicar el estatuto de *wrongful birth*²²⁵) o por la inexistencia de tratados internacionales ratificados por Chile que regulen explícitamente este derecho (habiéndose demostrado que es tarea de los Estados y su

²²⁵ También los tribunales constitucionales de España y Colombia, que reconocen un deber constitucional del Estado de proteger la vida prenatal (aunque no un derecho subjetivo del nasciturus), afirman la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo en caso que existe una indicación terapéutica (...) enfatiza[n] el carácter superogatorio que puede alcanzar el acto de mantener un embarazo en ciertas situaciones, hasta el punto en que independiente de la prioridad abstracta que se le otorgue al interés de la vida prenatal por sobre los derechos de la mujer embarazada, **es necesario hacer excepciones y no penalizar el aborto provocado en esas circunstancias.** Véase: UNDURRAGA VALDES (2015) Óp. Cit. p.46. El destacado es propio.

Derecho interno definir esta interpretación de ser necesario, sea por vía legislativa o jurisprudencial).

Sin perjuicio a la fuerte resistencia en Chile a la autodeterminación sexual y reproductiva como fundamento para el reconocimiento al derecho a la interrupción del embarazo, cabe mencionar que esta negación no es una falla que se evidencia en todo el sistema jurídico. Ya existe reciente jurisprudencia que considera la interpretación del derecho internacional y comparado al comprender esta vinculación de autodeterminación como autonomía. Así, como ejemplo, se resolvió el año 2012 en causa rol N°1719-2012 por Juzgado de Letras de Castro en sentencia definitiva (confirmada por Corte Suprema en causa rol N°13.544-2015, el 29 de enero de 2016) que “es dable considerar que el hecho de decidir respecto del propio cuerpo como lo hizo la demandante en los hechos acreditados, constituye un derecho fundamental garantizado en el artículo 19 N°1 de nuestra Constitución Política de la República, el cual debe entenderse en correspondencia con los tratados y convenciones internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigentes (...) la decisión respecto de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer son parte fundamental del deber de protección que tiene el Estado en cuanto a resguardar la vida e integridad de la persona, por cuanto la vulneración de este derecho constituye un perjuicio emocional y físico del cual debe hacerse responsable²²⁶.

Resulta curioso observar además que jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República alude a la misma interpretación en relación al atender a los derechos de la mujer anteriormente mencionados en función del cumplimiento de un deber por parte del Estado²²⁷. Ante esto se podría concluir con seguridad que se observa una interpretación homogénea y coherente al citar el bloque de constitucionalidad para admitir un derecho a la interrupción del embarazo para concluir con su procedencia en el ordenamiento chileno, y por eso llama la atención que precisamente sea el Tribunal Constitucional el que ocupando el mismo razonamiento llegue a una conclusión completamente distinta que salga de lo que el derecho internacional, el derecho comparado, y los primeros pronunciamientos de entidades jurisdiccionales en Chile ha mayoritariamente asentado.

²²⁶ CHILE. Juzgado de Letras de Castro [en línea], Sentencia rol 1719-2012 de 20 de noviembre de 2014 [consulta: 21 enero 2019]. Disponible en: <www.pjud.cl>. Esta sentencia se analizará en profundidad en próximos capítulos.

²²⁷ Véase nota el pie de esta investigación relativa al dictamen de Contraloría (n°196).

Ante este panorama en la legislación y jurisprudencia chilena se hace indispensable plantearse el cuestionamiento sobre las razones de esta particular resistencia ante el reconocimiento del derecho de autodeterminación sexual y reproductiva en Chile.

Una de las respuestas, y sobre todo en lo que atañe al Derecho Civil, se encuentra en la doctrina, la cual busca fundamentar la resistencia en argumentos de Derecho Natural²²⁸, o de máximas éticas²²⁹ que discuten la posibilidad de concebir la vida de un ser como un daño, idea que implica rechazar categóricamente la existencia de un derecho a la interrupción del embarazo, y es por esa reformulación del conflicto jurídico que no se ha permitido plantear un derecho de autodeterminación de tal calibre, teniendo todos los instrumentos y herramientas de trabajo proporcionadas por el concierto internacional y comparado para reconocerlo.

Esa resistencia es aparente, ya que, como se verá a continuación, esa constante lucha en ponderar vida del ser con autonomía de la mujer, y sobre todo con lo poco deseable que es la posibilidad de concebir la vida del embrión como daño legítimo, no es real: la reformulación del daño ya considerada por el derecho comparado también es indispensable para abrir los ojos hacia una nueva visión del mismo estatuto, ampliamente aplicable en los Estados que influyen al sistema jurídico chileno, reformulación lógica que se verá en el siguiente capítulo.

²²⁸ Esta doctrina, sin menospreciarla, invita a creer que la única forma de entender jurídicamente la dignidad de la persona es por vía de conocer al hombre-persona como “la coronación del mundo, deriva de su origen y de su fin. **Fue creado a imagen y a semejanza de Dios** (...) sin ser un fin en sí mismo la persona no puede ser sacrificada como medio para conseguir una finalidad temporal”, Véase: ZAPATA LARRAÍN, P. 1998. Persona y embrión humano: nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15: p.376.

²²⁹ “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 la ser humano y a su dignidad esencial como un fin en sí, que exige respeto incondicionado y está por encima de todo análisis utilitarista” Véase: CORRAL TALCIANI, H. 2013. *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*. 2ª ed. Santiago de Chile, Legal Publishing. p.155. El destacado es propio. En el mismo sentido MIRANDA MONTECINOS, A. 2015. La injusticia del aborto inducido. *En*: AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M y BERTELSEN SIMONETTI, S (Ed.). El aborto: perspectivas filosófica, jurídica y médica. 27ª ed. Santiago de Chile, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. pp. 29-48. (Serie Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes), al afirmar que el aborto procurado es un acto injusto porque en él se da **muerte intencionalmente a una persona inocente** afirmando que la connotación de aborto no es permitida según la **tradición clásica de la ley natural y que es solamente mediante ésta donde se debe prohibir todo tipo de aborto inducido** (en nota al pie n°8); en el mismo sentido también CONTRERAS Y VERGARA (2015) al encontrar los fundamentos no en el mismo derecho si no en la misma tradición clásica de la ley natural establecida por la filosofía de Aristóteles y santo Tomás de Aquino; y BERTELSEN Y GARCÍA (2015).

CAPÍTULO IV: ¿ES LA VIDA UN DAÑO PER SE?: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA ÉTICO-FILOSÓFICA DEL DERECHO EXTRANJERO Y NACIONAL

En el siguiente capítulo se abordará brevemente la discusión que se ha presentado en relación al concepto de 'vida como daño', afirmación que posee una connotación inminentemente controvertida ante una extensa discusión ético filosófica. Discusión que abarca un tema no menor, puesto que al determinar los alcances de la postura ética que se tenga, se definirá si es lógico o no para un sistema jurídico dar procedencia al estatuto de *wrongful birth*, sobre todo en el ámbito de legitimidad del daño, ahora no bajo el presupuesto de que la mujer sería autora de un eventual delito - cuestión que se analizó en el capítulo II-, sino que en la circunstancia donde se identifica el daño: el nacimiento.

La estructura del capítulo se dividirá en tres partes: En la primera se expondrá y analizará la postura que ha considerado la doctrina civil chilena (o al menos la que se ha manifestado en la actualidad respecto al tema); en la segunda, se analizarán otras propuestas filosóficas alternativas que se han impuesto en el derecho comparado y por consiguiente han permitido la acción de *wrongful birth*; y por último, se ilustrará por qué es importante la visión ética que se tenga respecto a este tema para abordar a la pregunta inicial de esta investigación, junto con hacerse cargo de algunos argumentos éticos respecto a la primera postura con el mero objetivo de mirar con mejor luz las hipótesis que fundamentan la procedencia del daño en el estatuto de *wrongful birth* y que podría transparentarse en otros estatutos similares.

Cabe advertir que esta parte de la investigación no tiene intención de transformarse en una tesis filosófica ni menos busca establecer un análisis exhaustivo de fuentes que evidencien la todavía no resuelta disputa ética en torno al problema, este capítulo simplemente busca tomar las bases argumentativas más evidentes de la tesis ética contraria al aborto para refutar los argumentos doctrinarios que niegan la procedencia del estatuto de *wrongful birth*, tanto en el derecho comparado como en el derecho chileno, para así posteriormente exponer las alternativas éticas para resolver la disputa ética en cuestión.

IV.1. La vida como un daño: el detrimento en el nacimiento de un ser.

La prestación abortiva es una cuestión que por su propia naturaleza acarrea un paradigma social delicado, una discusión que no parece tener una respuesta unívoca o concluyente respecto al asunto.

Por lo mismo no es de sorprender que esta discusión determine también la legitimidad del daño en acciones civiles que tengan que ver con la misma idea. En particular ya se había mencionado que esta acción reconoce como daño, al menos en la traducción literal de su nomenclatura, el ‘nacimiento erróneo’ o ‘nacimiento injusto’. Esto no es menor, debido a que la connotación de ‘nacimiento erróneo’ invita a un observador externo a calificar lo erróneo en la vida de un nuevo ser evidenciando una ‘preferencia’ implícita de que el niño no hubiese nacido. Así, la doctrina civil afirma que los padres estarían accionando bajo el presupuesto de “que hubieran preferido que su hijo jamás hubiera nacido, (...) pues si la anomalía o la malformación se detectaba a tiempo y la madre hubiese optado por acudir al aborto eugenésico, ese hijo nunca habría llegado a nacer”²³⁰.

Es bajo ese enfoque donde nace la principal discusión que llega a expandirse también en otros estatutos más allá del *wrongful birth*, sobre todo en el *wrongful life*, dado que aquí no sólo los padres desearían supuestamente que el hijo no hubiera nacido, sino que es el mismo hijo el que reclama su propia vida como un daño y que bajo esta postura él habría elegido morir que vivir con discapacidades ateniendo al criterio de que sus padres, de haber sido correctamente detectada la discapacidad sufrida, hubiesen decidido ‘darle muerte’.

Así, una primera postura que definirá la improcedencia de la acción de *wrongful birth* se encuentra en esta definición, donde el único efecto y vinculación causal en el estatuto del *wrongful birth* se encuentra en la vida o no vida del feto, sin identificar otros derechos o titulares afectados para dilucidar el daño. Esta interpretación conlleva a concluir que el aborto no es deseable y debe ser evitado, invitando al demandante a creer que tendría un ‘derecho a la muerte’ del mismo feto que resarciría su daño, concepto que bajo esa visión es, a lo menos, cuestionable²³¹.

²³⁰ GARCÍA HUAYAMA (2012) Óp. Cit. p.3.

²³¹ Así se dice, por ejemplo: "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", Véase: CORRAL TALCIANI, H. 2003. *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile, Thomson Reuters. pp. 160-163. En el mismo sentido MONDACA, AEDO y COLEMAN (2015) Óp. Cit. p.39, al afirmar que. “¿no puede concebirse el daño en los casos de *wrongful birth* y *wrongful life* en una dimensión similar? Nos parece que una mirada distinta deshumaniza la sociedad y convierte el valor de la vida en un utilitarismo intolerable. Independientemente que el

Es necesario constatar que esta tendencia se encuentra fundamentada en una interpretación constitucional determinada, aquella que DWORKIN (1994) denomina la 'de objeción o argumento derivado'²³². Ésta se refiere a que la vida, éticamente hablando, es valiosa y deseable. Interpretación que conllevaría necesariamente a pensar que – y ahí la razón por el que se le llama argumento derivado – la vida valorada intrínsecamente 'deriva' al reconocimiento del derecho a la vida del no nacido desde su concepción y que este derecho se superpone a cualquier argumentación ética en favor a la mujer embarazada, y todo por una argumentación lógica determinada: al reconocer una indemnización a favor de los padres frente al nacimiento del niño, se estaría convalidando la conducta abortiva como deseable, laudable y que incentive a calificar negativamente la vida desde un comienzo, cuestión que no puede delimitarse bajo criterios autónomos dado el valor absoluto de la vida de todo ser humano teniendo, entre ellos, el feto.

Este argumento adicionalmente alude que al calificar la vida como daño se estaría considerando negativamente la discapacidad, ya que se estaría prefiriendo un hijo muerto que un hijo vivo con discapacidades, lo que conlleva como consecuencia inevitable un trato vejatorio o discriminatorio a estas personas dentro de una sociedad determinada. Para fundamentar esta idea, se transparenta que la doctrina establece que “[l]a objeción fundamental para la prosperabilidad de estas acciones [*wrongful birth*] es la de calificar como daño la propia vida del niño, puesto que choca frontalmente con el derecho a la vida, el rechazo al aborto que con que la alternativa de ese niño a vivir discapacitado era no vivir (...) Junto a estas objeciones, se oponen otras relacionadas con la determinación del daño, como que **admitir este tipo de reclamaciones supone valorar negativamente la vida con discapacidad**”²³³, lo que en consecuencia bajo esta doctrina se rebaja el valor del niño, lesionando su dignidad al cuantificarlo como un objeto más de cálculo, que bajo su condición discapacitada, inclusive es de menor valor que la de otro ser humano.

Este punto de vista considera también las eventuales consecuencias que existen en estas materias en el menor, que consideran “el impacto psicológico que puede derivarse para el niño el hecho de que sus padres reclamen por su propia existencia”²³⁴, y que al mismo tiempo

nacimiento sea o no previsto, puede concebirse que la vida siempre es un bien humano precioso, aunque el hijo tenga taras o problemas genéticos de entidad”. En la doctrina extranjera, y en el mismo sentido que MONDACA, AEDO y COLEMAN, Véase: DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. 1989. *La responsabilidad civil*. Bilbao: Publicaciones Universidad de Deusto. pp.65 y ss.

²³² DWORKIN (1994) Óp. Cit. p.64.

²³³ ELIZARI URTASUN (2009) Óp. Cit. p.140. El destacado es propio.

²³⁴ *Ibíd.* p.140.

también comprometen parte importante de la prioridad práctica y económica de la sociedad en este contexto ya que existiría bajo esta postura “riesgo de la extensión de prácticas eugenésicas, (...) presión para los profesionales sanitarios, [y afectar] el hecho de que el mecanismo adecuado para atender los problemas de estos niños no es el instituto de la responsabilidad civil, sino el Estado a través de los servicios sociales, etc.”²³⁵. Es decir, inclusive bajo argumentos prácticos, sin temor a mencionar también intereses de economía social, no es coherente concebir la vida como un daño, sea por la jerarquía primordial del derecho a la vida, el incentivo hacia la realización de prácticas eugenésicas que de por sí implicarían un mecanismo de ‘selección’ de la especie humana, o para ‘evitar’ llevar a cabo servicios sociales de acompañamiento a discapacitados y mujeres en situación de embarazo riesgoso inclusive. En resumen: abortar es malo, peor aún es elegir morir y dar un reconocimiento a esa idea bajo una ganancia económica derivada de una indemnización.

Ahora, el porqué de esta interpretación se encuentra vinculado en gran parte por la perspectiva del Derecho Natural, el cual establece que el derecho a la vida es por excelencia un Derecho Natural primario que todo ser humano goza, por el solo hecho de su existencia²³⁶ con una fundamentación que afirma que , y sin mayor profundidad, el ser humano *en sí mismo* es digno de ser respetado²³⁷. Todo esto entendiendo el ser humano como ‘persona’ desde el punto de vista jurídico y que no distingue de la etapa embrionaria o de desarrollo del feto para reconocerle derechos fundamentales²³⁸.

La influencia del Derecho Natural para nutrir este punto de vista se ha visto ya fuertemente arraigado en la doctrina civil chilena, CORRAL TALCIANI (2013) realza enfáticamente el rol del Derecho Natural en esta discusión aludiendo a las acciones de *wrongful birth*, y por sobre todo *wrongful life*, al momento de afirmar que “debe reconocerse que los médicos que omiten informar a la madre de las malformaciones del feto cuando no existe ninguna posibilidad de tratamiento y sí que la madre lo elimine recurriendo al aborto, no incurren en un hecho ilícito, ya que **no hacen sino cumplir con una exigencia de Derecho Natural que debe prevalecer sobre las leyes positivas injustas**”²³⁹. Razonamiento que invita a pensar que aun habiendo

²³⁵ *Ibíd.* p.140.

²³⁶ GARCÍA HUAYAMA (2012) *Óp. Cit.* p.12.

²³⁷ Es este mismo argumento el ocupado por gran parte de la doctrina no solo civil, sino que también constitucional chilena para afirmar que el feto, como ser humano en potencia, tiene derecho a la vida ya que el concepto de personalidad alude a la dignidad de la persona (Art. 1 de la Constitución Política) y todo ser humano es digno en sí mismo, haya nacido o no, sin haber otra mayor explicación de que el feto sea considerado persona, y por esa misma razón debiese ser titular del derecho a la vida. Véase: BERTELSEN y “et. al” (2017).

²³⁸ CORRAL TALCIANI (2010) *Óp. Cit.* p.317.

²³⁹ CORRAL TALCIANI (2013) *Óp. Cit.* pp.156-157. El destacado es propio.

negligencia en la omisión de diagnóstico o en la emisión de éste en la causal embriopática, de todas maneras, no procedería responsabilidad civil porque la negligencia o si quiera la ponderación de derechos que excluyen la antijuridicidad en la causal de justificación respectiva (bajo su teoría jurídica de las causales), no serían fundamento suficiente para la indemnización. Todo lo anterior significaría valorar positivamente la ‘muerte de un niño discapacitado’, siendo contradictorio a un sistema que está, bajo esta teoría, obedeciendo a una ley abstracta superior de respeto por la vida en todas sus formas²⁴⁰.

Para CORRAL y otros autores²⁴¹ la idea en que el aborto sea respaldado por una indemnización “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”²⁴², donde la consigna principal se presenta en el hecho de que “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”²⁴³, donde la bondad y la belleza se encuentran principalmente justificadas en la idea de ese valor intrínseco y sagrado: “consideran la vida humana como la más excelsa creación de Dios”²⁴⁴.

La directriz positiva que conllevó a algunos adherentes del Derecho Natural a pensar así derivaría, en gran parte, de la Instrucción sobre el respeto de la vida humana en su origen y sobre la dignidad de la procreación de 1987 publicada por la Sagrada Congregación del Vaticano para la Doctrina de la Fe con el consentimiento del papa²⁴⁵. La instrucción declara que “todo ser humano tiene derecho a la vida y a la integridad física desde el momento de la concepción hasta la muerte”²⁴⁶, precepto que construyó una doctrina ética nueva en el catolicismo²⁴⁷ en relación al aborto, dado que en el mundo grecorromano el aborto era común.

²⁴⁰ En el mismo sentido que CORRAL, se manifiesta una vasta doctrina filosófica y jurídica. Entre varios autores chilenos se puede mencionar: BERTELSEN y GARCÍA (2015), p.50; CONTRERAS y VERGARA (2015); y MIRANDA MONTECINOS (2015) Óp. Cit. pp.30-38. Todas obras previamente mencionadas.

²⁴¹ Aquí es donde se unen a CORRAL, BERTELSEN, GARCÍA, CONTRERAS, VERGARA, y MIRANDA MONTECINOS.

²⁴² CORRAL TALCIANI (2013) Óp. Cit. p. 155. El destacado es propio.

²⁴³ *Ibíd.* p.156.

²⁴⁴ DWORKIN (1994) Óp. Cit. p. 72.

²⁴⁵

Disponible

en:

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html >, específicamente véase el punto 4: ‘Criterios fundamentales para un juicio moral’.

²⁴⁶ DWORKIN (1994) Óp. Cit. p.64.

²⁴⁷ “El aborto era común en el mundo grecorromano; pero el cristianismo primitivo lo condenó. En el siglo V, San Agustín dijo que incluso las mujeres casadas se comportaban ‘como ramerías’ cuando, para evitar las consecuencias del sexo, ‘se procuran venenos de esterilidad, y, si éstos no funcionan, extinguen y destruyen el feto

Bien pareciera ser que en atención a esta Instrucción el punto de vista del Derecho Natural, sobre todo el que se ve fuertemente vinculado a la Iglesia Católica, debería ser uniforme. Sin embargo, consta ilustrar que entre los creyentes católicos no existía acuerdo con lo dicho en el precepto anteriormente citado. A mero modo de ejemplo, se desarrolla en Estados Unidos –donde nace el estatuto de *wrongful birth*– la doctrina de la Ética Coherente de la vida (teniendo entre sus exponentes el arzobispo Joseph Cardinal Bernardin), doctrina católica más flexible respecto al aborto la cual considera éste como una hipótesis objeto de ponderación constitucional que harán prevalecer la situación de la mujer por sobre los intereses sociales que se vinculan al feto haciendo posible a la mujer, niña o adolescente someterse a un aborto.

Esta doctrina insiste en no ser incoherente con su consigna ya que sus adherentes siguen oponiéndose al aborto, pero desde un argumento autónomo (que la vida es un valor intrínseco) y no derivado (que al ser la vida valor intrínseco existe necesariamente un feto como persona titular del derecho a la vida). Ellos afirman que la vida es un valor relevante y que el aborto le pone fin a ese valor relevante. Ahora, ese valor no puede ser absoluto sin considerar situaciones límite al momento que el juez pondera derechos de la mujer en peligro en situaciones de aborto y reconocen al mismo tiempo que, para que eso sea posible, la vida debe ser considerada como un derecho no absoluto. Se afirma con seguridad por esta doctrina que la protección de la vida del feto podría ser interpretado como un interés constitucional y no un derecho subjetivo fundamental a favor del feto, cuando la misma personalidad del mismo está aún siendo cuestionada por la ciencia y la doctrina jurídica²⁴⁸.

La inclinación de la Ética Coherente según DWORKIN (1994) “insiste en que las personas que se oponen al aborto deberían ser consecuentes y mostrar el mismo respeto por la vida humana en sus opiniones sobre otras cuestiones sociales (...) deberían, si son consecuentes, oponerse también a la pena de muerte (al menos cuando su valor disuasivo está en duda); trabajar por una política de sanidad para los pobres que sea más justa; promover políticas de bienestar social que mejoren la calidad y duración de la vida humana y oponerse a la legalización de la eutanasia activa incluso en enfermos terminales”²⁴⁹. La coherencia debe entonces asumir el argumento derivado como un instrumento de fuerza persuasiva y aplicable

del algún modo en el útero, prefiriendo que, su hijo muera antes de que llegue a vivir, o si ya estaba vivo en el útero, prefieren matarlo, antes de que nazca”. Véase: *Ibíd.* p.57.

²⁴⁸ Basta ver el vasto grupo de informes acompañados al expediente del Tribunal Constitucional al analizar la constitucionalidad de la ley 21.030 que en demasía discuten la personalidad del feto y su posibilidad de ser titular del derecho a la vida en la Constitución. Véase expediente en: <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>

²⁴⁹ DWORKIN (1994) Óp. Cit. p.68.

en todo tipo de contexto, no sólo en el contexto abortivo, realidad que los adherentes a esta doctrina no visualizan.

Además, si se busca considerar otros puntos de vista religiosos sobre la materia, es de relevancia mencionar que en los Estados Unidos creyentes de la religión judía, cristiano protestante, y católica, también consideraron que el aborto debiese ser permitido, aunque sea en un número acotado de indicaciones o bajo ciertos plazos determinados²⁵⁰.

Esta conclusión de la Ética Coherente encaja perfectamente con los argumentos ocupados por la jurisprudencia comparada al momento de aludir, primero, al criterio de la ponderación de derechos, precedente que considera el hecho de que el feto seguirá teniendo una sobrevivencia dependiente²⁵¹ de la madre estando en gestación entendido como periodo completo y no por 'independencia progresiva' en su desarrollo, en respuesta al argumento de la separabilidad humana del feto en cierto periodo de gestación²⁵²; y segundo, en el hecho de que de la potencialidad de la vida no conlleva necesariamente a hablar de 'persona' en la identidad del embrión (preimplantacional) con el ser humano nacido²⁵³ atendiendo a la idea de que "todos los árboles y flores fueron antes una semilla; de ahí no se deduce que las semillas sean árboles o flores (...) pretender lo contrario es incurrir en una falacia retrospectiva"²⁵⁴ siendo ésta la de asociar conceptos y entidades que no son lo mismo bajo sus aspectos accidentales, fenotípicos. Esto explica por qué el aborto como institución no es vetado en todo tipo de circunstancia: al menos desde el punto de vista de diversas religiones²⁵⁵.

¿Qué vinculación debería tener esto con el estatuto de *wrongful birth*? La respuesta es simple: la vinculación se encuentra en la idea de la vida como bien jurídico absoluto. De ser la vida un bien absoluto, no sería posible bajo ninguna circunstancia admitir un daño resarcible derivado de todo lo contrario de lo que se busca proteger por el ordenamiento, es decir, eventual derecho a la vida del feto.

²⁵⁰ *Ibid.* pp.53-54.

²⁵¹ Sobre la separabilidad puede objetarse que un feto recién concebido, a diferencia de un óvulo no fertilizado o un conjunto de partes corporales separadas, crece para convertirse en un ser humano completo por sí mismo, sin necesidad de ninguna asistencia externa. Pero esto no es verdad (la asistencia externa, bien sea de la mujer embarazada, bien sea del ingenio científico, es esencial)". Véase: DWORKIN (1994) *Óp. Cit.* p.26.

²⁵² *Ibid.* p.26.

²⁵³ OSSANDÓN WIDOW (2012) *Óp. Cit.* p.349.

²⁵⁴ BASCUÑÁN (2004) *Óp. Cit.* pp.43-89.

²⁵⁵ Así DWORKIN extrajo opiniones de teólogos cristianos como ministros metodistas y rabinos, donde se opina que no hay persona humana en las primeras etapas del embarazo, tanto por leyes cristianas como judías, dándole el reconocimiento de decisión a la mujer a poder abortar. Véase: DWORKIN (1994) *Óp. Cit.* pp.53-54.

Si bien el Derecho Natural parece ser periférico al ámbito de lo jurídico-positivo, sí fue relevante para el derecho comparado al momento que la jurisprudencia y legislación comparada si bien permitía el *wrongful birth*, negó rotundamente la procedencia de la acción de *wrongful life*²⁵⁶. La razón precisamente se encontraba en la idea de la discriminación ante la discapacidad, la santidad de la vida como fin en sí mismo y la función que cumple el niño nacido en una familia, concebido como sujeto que reafirma 'la bondad y belleza en el mundo'.

Esta interpretación nace desde un caso paradigmático surgido en Francia: el caso *Perruche*, el que giraba en torno a la discusión sobre la existencia de un 'derecho a no nacer'. En éste hubo pronunciamiento respecto al derecho que habría privado a la mujer abortar a causa de un error de diagnóstico respecto de las consecuencias sufridas por el feto en atención a la rubeola padecida por la madre, manifestando su voluntad de interrumpir el embarazo.

En específico el caso data en el año 1982 donde la señora *Perruche*, embarazada, acudió al médico con ocasión del contagio con rubeola de su hija mayor. Su objetivo correspondía a que se le comunicara si se encontraba o no contagiada con esa enfermedad, y además por su parte manifestó expresamente que, en caso de estar contagiada, abortaría el niño.

En rigor, establece el profesor MUNITA (2018), la culpa en este caso fue cometida tanto por el médico tratante como por el laboratorio el cual se le encomendó la práctica de determinados análisis. Aquí, tanto el laboratorio como el médico equivocaron sus exámenes: el primero respecto del análisis y el segundo respecto de la revisión clínica de la mujer²⁵⁷.

Lo particular de este caso, que marcó un precedente no sólo para Francia, sino para todo el mundo, fue que los padres entablaron dos acciones: una a nombre propio y otra en representación del niño. Ambas dieron lugar al pronunciamiento de la asamblea plenaria de la Corte de Casación el 17 de noviembre del año 2000.

En esta sentencia, se reconoció el derecho de los padres a ser indemnizados respecto de la negligencia del médico que en definitiva había privado a la madre de abortar. Asimismo, se reconoció un derecho a la indemnización de los daños sufridos por el niño a consecuencia de la discapacidad, rechazando el criterio de la Corte de Apelaciones. Allí, la Corte de Casación

²⁵⁶ En este sentido: GARCÍA HUAYAMA (2012) en Perú; PACHECO JIMÉNEZ (2011) en España; FINN en COLOQUIO PROBLEMAS *de la responsabilidad civil responsabilidad civil médica en el derecho alemán, francés y chileno: wrongful birth, wrongful birth, aborto, negligencia médica*. 2018. Por Hugo Cárdenas "et al". (Grabación inédita). Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado) en Alemania; MUNITA en CÁRDENAS "et. al" (2018) Óp. Cit. en Francia; FERNÁNDEZ MUÑOZ (2017) en Colombia y derecho comparado; y MONDACA, AEDO, COLEMAN (2015) en Chile.

²⁵⁷ CÁRDENAS "et. al" (2018) Óp. Cit. [grabación inédita]

estableció que, habiéndose manifestado la intención de abortar junto a la culpa cometida por el médico y el laboratorio en el diagnóstico, se generó inducción falsa de la creencia que la madre era inmune, de suerte que las culpas fueron “generadoras del daño sufrido por el hijo por vía de la rubeola de su madre”²⁵⁸. Esta resolución fue confirmada más tarde por varias sentencias pronunciadas por el mismo organismo entre julio y noviembre del año 2001²⁵⁹, provocándose una gran variedad de debates doctrinarios en Francia tanto netamente jurídicos como también morales, religiosos, filosóficos o incluso políticos entre quienes estaban a favor o en contra del razonamiento expuesto por la Corte.

TAPIA (2003), alude a las discusiones presentadas en tal contexto posterior al caso *Perruche*, en donde considera que en este caso no se consideró la argumentación del Derecho Natural anteriormente expuesta bajo la defensa de los adherentes a éste, sino que el tribunal consideró que “la opinión sabia cuenta [,] la opinión sufriente y las especulaciones filosóficas deberían ceder frente al padecimiento de la familia *Perruche*, condenados a vivir cotidianamente una existencia de sacrificios y de sufrimientos”²⁶⁰, lo que rechazaría categóricamente el argumento del Derecho Natural.

Sin perjuicio de esto, el profesor TAPIA toma en cuenta que “desde la perspectiva de la opinión pública, la decisión conmovió **por los términos en que fue presentada** (vida como perjuicio; precio de la vida), y provocó el rechazo de algunas asociaciones de víctimas que, paradójicamente, se mostraron ofendidas por una jurisprudencia que no hacía más que protegerlas”²⁶¹. Añade también que el golpe definitivo fue establecido por compañías aseguradoras, que anunciaron alza de primas, lo que dejó como consecuencia huelga de médicos que no repararon sobre el hecho que en los pocos casos en que se indemnizó este perjuicio, la negligencia médica había sido debidamente probada.

Se puede observar en lo destacado que se da importancia a la forma en la que se plantea el daño como un criterio de escepticismo social, a pesar de que el argumento se centró en el sufrimiento y padecimiento de la familia *Perruche*, relacionada al dolor de la falsa expectativa creada por el error médico y del laboratorio junto con la prolongación de sacrificios y sufrimientos que no fueron ponderados bajo este mismo error que, probado correctamente en juicio, fue calificado como imputable al equipo médico y al laboratorio.

²⁵⁸ *Ibíd.* [grabación inédita]

²⁵⁹ *Ibíd.* [grabación inédita]

²⁶⁰ TAPIA RODRÍGUEZ (2003), p. 110.

²⁶¹ *Ibíd.* p.110. El destacado es propio.

Los ánimos comenzaron a tensionarse en los 2000 en Francia hasta que finalmente se dicta la *ley Kouchner*²⁶² del 4 de marzo del año 2002 denominada también '*Ley Anti-Perruche*', no sin estar exenta de críticas.

Esta normativa en su artículo primero (actual artículo I 114-5 del código de acción social y familia) establece que 'nadie puede prevalerse del perjuicio derivado del solo hecho de su nacimiento'. Así MUNITA concluye que "la opción de las disposiciones en referencia condujo a la Corte de Casación a validar decisiones de jueces de fondo que rechazaban la demanda resarcitoria en circunstancia prácticamente idénticas a las que permitieron indemnizar a *Perruche*. Se edificó entonces un vuelco jurisprudencial motivado necesariamente por la ley"²⁶³. Es necesario añadir que el mismo precepto niega explícitamente el derecho a indemnización por parte del menor por una discapacidad "no revelada durante el embarazo, y obliga a los padres a probar una culpa caracterizada para demandar la reparación excluyendo en todo caso de la indemnización las cargas particulares que derivan de esa incapacidad para toda la vida"²⁶⁴.

Así, con el caso *Perruche* y la *Ley Kouchner*, se zanjó la problemática respecto del perjuicio por nacer, reforzando el argumento de que no puede ser la vida un daño per se. La argumentación puede verse influenciada por la nomenclatura utilizada, sobre todo en las acciones de *wrongful life* respecto del 'derecho a morir' (discusiones que atienen también a temas como la eugenesia o la eutanasia).

No se debe dejar de lado que el Tribunal Constitucional Alemán, por su parte, consideró unos años antes el argumento de que no podría existir una idea como la vida como daño el año 1975 citando el artículo 1 de la Ley Fundamental del país, sentencia que sorprendentemente se refirió de manera directa a acciones civiles en relación al nacimiento como daño.

Afirmó esta sentencia que "calificar jurídicamente la existencia de un niño como una fuente de daños y perjuicios es contrario a la Constitución (Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental), Por consiguiente, se prohíbe considerar las obligaciones alimentarias respecto a un niño como

²⁶² FRANCIA. Ley 2002-303, de 4 de marzo, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud. *Diario Oficial de la República Francesa*, 5 de marzo de 2002, núm. 54, pp.4118-4159.

²⁶³ CÁRDENAS "et. al" Óp. Cit. [grabación inédita]

²⁶⁴ TAPIA RODRÍGUEZ (2003) Óp. Cit. p.111.

un perjuicio²⁶⁵. Sentencia que luego fue reemplazada por la del año 1993 la cual se refirió directamente a la responsabilidad civil médica en este contexto asumiendo que existía un interés relevante de proteger la vida del que está por nacer y sin embargo añade que “una sanción de carácter civil resulta necesaria para los casos de cumplimiento defectuoso del contrato y para la reparación del daño causado **a la integridad corporal de la mujer**”²⁶⁶.

Se destaca que en ambas sentencias no existe contradicción, porque si bien una niega la concepción de la vida como daño, la segunda enfoca el daño en el derecho a la integridad corporal de la mujer en donde se presume que la demandante legitimada es la mujer, ya que por la vulneración de este derecho personal suyo. Bajo ese razonamiento también el niño no podría demandar aun siendo en representación por sus padres, ya que el fundamento de esa acción se encontraría aun en el ‘derecho a morir’, encaminando inevitablemente la causalidad hacia el concepto de ‘vida como daño’²⁶⁷.

Así se puede sistematizar la principal y más fuerte objeción de la vida como daño - creación que sólo es realizada para efectos de esta investigación y no por una reproducción propia de lo planteado por las fuentes que evidencian este razonamiento - en tres pilares:

- i. La vida como bien jurídico es de carácter absoluto y no puede admitir limitaciones u obstáculos para su ejercicio.
- ii. La vida es un fin en sí mismo por exigencia del Derecho Natural, único pilar que fundamenta la estructura de derechos fundamentales en el sistema jurídico.
- iii. El nacimiento de un ser – hecho que da vida - es un acontecimiento que debe implicar alegría y fomento de la belleza en el mundo ante la diversidad, independiente la discapacidad del recién nacido.

Respecto al primer pilar cabe preguntarse si la vida es un bien jurídico absoluto dada la exigencia del Derecho Natural. Ante lo anterior es necesario cuestionar ¿cómo explica

²⁶⁵ ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal Alemán (Pleno) [en línea], Sentencia BVerfGE 39 de 25 de febrero de 1975 [consulta: 5 mayo 2018]. Disponible en: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038>

²⁶⁶ ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal Alemán (Segunda Sala) [en línea], Sentencia BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993 [consulta: 5 octubre 2018]. Disponible en: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>>. El destacado es propio.

²⁶⁷ Razonamiento que como se verá en el siguiente acápite hará persistir la discusión ética, a pesar de que quede a salvo el *wrongful birth*, ya que no existe respuesta a la discusión ética en el *wrongful life*.

entonces que de todas formas en los ordenamientos jurídicos donde se manifiestan los adherentes a esta forma de pensar el derecho, entre ellos Francia y Alemania, legalicen o despenalicen el aborto? ¿Cómo puede ser posible que dentro de la misma doctrina ético jurídica existan opositores que insisten en que puede dársele valor a la vida y al mismo tiempo permitir afectarla en contexto de aborto?

Por eso cabe hacer una nueva pregunta que busque elucidar si la argumentación del Derecho Natural es lo suficientemente convincente para hacer frente a esta objeción derivada del valor de la vida que llevaría a negar el *wrongful birth*, para luego comenzar a construir el razonamiento para hacerse cargo de cada uno de sus pilares.

Se debe adelantar, antes de analizar los pilares de la objeción derivada, que las inconsistencias evidenciadas conllevarán necesariamente a asimilar lo que DWORKIN concluyó en su investigación. La vida se debe entender como un argumento u objeción de carácter autónomo (vida como un bien jurídico relevante) y que el aborto en principio no es una conducta deseable o laudable, pero que de todas formas no conlleva a reconocer un derecho absoluto de la vida del feto por sobre otros bienes jurídicos en juego igual de importantes que podrían inclusive encontrarse enraizados en las causales de la ley chilena. Esto quiere decir: si la vida no es absoluta, puede ser afectada bajo diversas causales, y si es afectada por estas causales es porque hay una justificación de peso que lo permite, y que esa justificación de peso sea afectada no impide en nada poder accionar en contra de quien impidió hacer valer esa razón de peso excepcional contra el fomento de la vida. De haber una fundamentación de peso entonces, puede haber un daño legítimo, al menos desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

El análisis entonces comienza con el primer pilar de esta objeción derivada al aborto. Vasta doctrina existe en la materia al momento de hacerse cargo del argumento derivado y de la concepción de la vida como un bien jurídico absoluto que podrían sobrepasar los márgenes de esta investigación. Sin embargo, se expone como insumo relevante el ocupado por ROMERO COLOMA (2010) quien alude a la misma valoración del bien vida ocupada por los adherentes al Derecho Natural al momento de describir el nacimiento de un ser como un hecho que aporta la belleza en el mundo bajo la afirmación de que "la procreación es entendida como un valor social, e incluso ostenta un carácter de bendición o acontecimiento feliz (...) Junto a estos argumentos [que pueden parecer abstractos y poco técnico-jurídicos] no se puede soslayar que el Derecho Positivo reconoce, de forma expresa, el bien – derecho vida,

otorgándole protección jurídica lo que parece, en principio apoyar [esta tesis]²⁶⁸ .

El autor alude a que es cierto que el derecho a la vida es relevante al momento en que afirma que “el derecho a la vida, no cabe duda, es uno de los más preciados que existen en nuestro Ordenamiento Jurídico. El artículo 15 de nuestra Constitución [la Constitución española] proclama que ‘todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...’ Puede ser calificada la vida como el bien supremo de nuestro Ordenamiento Jurídico. Es el derecho esencial entre los esenciales. Es innato, en cuanto pertenece a la persona por el mero hecho de nacer y, como consecuencia, por el hecho de adquirir personalidad tras el nacimiento. Es un bien básico, fundamento y asiento de todos los demás. Tengamos en cuenta que la vida no posee sólo un valor individual, sino familiar y social como algunos autores han puesto de relieve”²⁶⁹.

A pesar de que este criterio antes considerado podría hacer convincente la postura ética contraria al aborto, el autor identifica que este razonamiento no es infalible a partir de una evidente falacia: su falta de coherencia, tal como fue identificada en la *Ética coherente* antes expuesta. El argumento doctrinario, eso sí, a diferencia de la *Ética Coherente* se encuentra bajo la idea de que ningún ordenamiento, aludiendo al valor trascendente que tiene la vida, puede imponerla como valor absoluto impidiendo a cualquier ser humano el poder de quitarse la vida, “ya que toda persona posee un bien, un derecho, no superior al de la propia vida, pero sin duda alguna, equiparable, cual es el derecho a la libertad, entendido éste como un derecho a decidir sobre la propia existencia y ello por encima de cualesquiera consideraciones éticas y morales. Sin embargo, y pese al valor supremo que se le suele otorgar a la vida en los distintos Ordenamientos Jurídicos , hay que admitir – y es forzoso hacerlo- que la regulación de este bien – derecho – puede encontrar excepciones en determinados casos puntuales en que los intereses en conflicto aconsejan su relativización”²⁷⁰ siendo así posible identificar un fundamento para afirmar la falta de coherencia en el sistema.

Así, ROMERO COLOMA identifica la falta de coherencia al analizar los principales preceptos constitucionales y penales que efectivamente limitan la vida como derecho fundamental, pero que de todas formas parece ser un punto de vista razonable atendiendo los fundamentos detrás de tales limitaciones al derecho a la vida. Por ejemplo, el autor menciona,

²⁶⁸ ROMERO COLOMA (2010) *Óp. Cit.* p.2572.

²⁶⁹ *Ibíd.* p.2572.

²⁷⁰ *Ibíd.* pp.2580-2581.

la pena de muerte (tal como lo hace la doctrina coherente); la causal de justificación de la legítima defensa o del estado necesidad que dejan impunes determinadas conductas que atentan contra el derecho a la vida de una persona, siempre bajo determinadas circunstancias; el hecho del suicidio, específicamente en la despenalización de la conducta del suicida; y también en la eutanasia pasiva. Estos mismos razonamientos son aplicables al ordenamiento jurídico chileno a la vez que el Tribunal Constitucional chileno señaló en causa rol 3729-17 (relativa a la ley 21.030) que “el derecho a la vida que tienen todas las personas, tampoco es absoluto. Como se sostuvo en estrados, este se ve limitado por la pena de muerte (artículo 19 N°1 de la Constitución). También por una serie de instituciones que legitiman la muerte, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el uso de arma de fuego por la autoridad policial”²⁷¹.

Respecto a la eutanasia mencionada en el ordenamiento jurídico español, ROMERO COLOMA habla sobre Estados Unidos – ordenamiento que asentó la base del *wrongful birth* - donde “se ha añadido, como ejemplo, el análisis jurídico y social de las decisiones relativas a los tratamientos prolongadores de la vida – eutanasia pasiva -. Se le otorga, en estos supuestos, un valor incuestionable hoy en día, a la voluntad del paciente de no prolongar su vida, por lo que, con toda evidencia, se observa que el bien vida, en estos casos, está relativizado en función de determinadas circunstancias y bajo ciertas consideraciones”²⁷² lo que conllevaría que el ordenamiento jurídico y la lógica constitucional estaría “cediendo ese derecho en pro de la humanidad y solidaridad con las dolencias y padecimientos físicos y/o psíquicos que hacen insoportable la existencia del paciente (...)”²⁷³.

Es esta misma idea – en que el derecho de la vida debiese ceder en pro de la humanidad y la solidaridad respecto a dolencias o padecimientos – la que según el autor, debería transparentarse en el sistema de *wrongful birth* e inclusive en el *wrongful life* añadiendo que “un tratamiento coherente de las acciones de *wrongful life* debería permitir demostrar, en el caso concreto, lo insoportable de la existencia, que llega incluso a hacer preferible la inexistencia”²⁷⁴.

Inclusive, si llevamos el argumento al extremo, puede verse que el Derecho Natural

²⁷¹ CHILE. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea], sentencia rol 3729-17 de 28 de agosto [consulta: 20 abril 2018]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=3515> Considerando °79.

²⁷² ROMERO COLOMA (2010) Óp. Cit. pp.2580-2581.

²⁷³ *Ibíd.* pp.2580-2581.

²⁷⁴ *Ibíd.* p.2581

evidencia falta de coherencia en sus bases también al momento que esta misma postura justifica la limitación al derecho a la vida en excepciones bien particulares como la guerra, priorizando el interés de defender a la patria por sobre la vida de los seres humanos involucrados; y también es poco coherente el Derecho Natural cuando no explica por qué existen políticas públicas que en términos económicos prioricen la prosperidad de la ciudadanía por medio de la construcción de estadios de fútbol y carreteras, cuando en ese mismo momento la dignidad de muchos seres humanos ‘indefensos’ como los niños en situación social de riesgo arriesgan su bien jurídico vida por falta de políticas públicas encaminadas a su protección. Si la vida es un bien jurídico absoluto, lo tiene que ser en todas y cada una de las aristas y no solamente en el contexto de la interrupción del embarazo.

Ahora, respecto al segundo pilar de la objeción derivada, se debe tener en cuenta que, si bien el Derecho Natural fue una de las formas de pensar el derecho de mayor valor en cierta época, no se transparenta de esa manera en la actualidad. No debe olvidarse que un fenómeno relevante a fines del siglo XIX fue la secularización entre iglesia y Estado, proceso por el que Chile no se vio exento, DWORKIN afirma que “a finales del siglo XIX, la idea de que la Iglesia y el Estado deben estar separados se estaba convirtiendo en la opinión ortodoxa también en muchos países europeos [además de los países latinoamericanos]. En una cultura política que insiste en justificaciones laicas de su derecho penal, el argumento de carácter autónomo [que la vida es un valor intrínseco, lo que no implica necesariamente que el feto sea persona con derechos subjetivos, derechos fundamentales] según el cual el aborto es pecado porque cualquier aborto insulta y frustra el poder creativo de Dios es una razón para criminalizar el aborto que no puede tenerse en cuenta”²⁷⁵.

Junto con el contexto político de la época no debe olvidarse que el Derecho Natural es una de las tantas formas de pensar el derecho, por tanto, no puede ser una única forma de visualizar el alcance de los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la vida. Si bien ésta como toda postura puede desplegarse para manifestar su punto de vista sobre el derecho, no es correcto imponerla sin una justificación que se haga cargo de las otras formas de pensar el derecho, en especial tomando en cuenta la discusión relativa al aborto, como lo es el feminismo (impulsado principalmente por Catharine MacKinnon, Robin West, Camila Paglia,

²⁷⁵ DWORKIN (1994) Óp. Cit. p.63.

Carol Gilligan, entre otras) y otras posturas que cruzan tangencialmente esta temática²⁷⁶.

Respecto a la validez anacrónica del Derecho Natural, DWORKIN añade que “Esta difícil cuestión [definición sobre qué valores son mayormente valorados por la ciudadanía para justificar la prohibición del aborto y bajo qué modo] nos exige decidir otra de mayor alcance sobre si la Constitución debe ser entendida como una lista limitada de derechos individuales específicos, que estadistas ya muertos consideraron importantes, o, por el contrario, como un compromiso de alcanzar ideales abstractos de moralidad política que cada generación de ciudadanos, abogados y jueces debe explorar y reinterpretar conjuntamente (...) que la libertad de elección en materia de aborto es una consecuencia necesaria de la libertad religiosa garantizada en la primera enmienda, y que, por lo tanto, las mujeres tienen derecho a tal libertad, por esta razón, aunque también lo tienen por otras”²⁷⁷. Así en un contexto determinado²⁷⁸ es necesario considerar que una forma de pensar el derecho prevalente no tiene que dejar de lado el hecho de que los ideales abstractos deben ser interpretados por cada generación de ciudadanos, abogados y jueces.

A modo de ejemplo, no está de más ilustrar lo afirmado anteriormente con decisiones que autoridades políticas han tomado en tiempos de crisis donde la reactivación económica bajo factores de utilidad y prevalencia de la libertad de trabajo, circulación, esparcimiento, etc. Se sobreponen a la prevención o evitación de notorios riesgos a la vida en sí misma. En este contexto se habla de guerras, pandemias o crisis económicas.

Y más allá de los períodos de crisis también se puede pensar también en las nuevas formas de ver la dignidad humana, la libertad individual como sucede en las discusiones en torno al derecho a la muerte y los posibles nuevos alcances que se le pueda dar a la eutanasia, en función de lo mencionado por ROMERO COLOMA. La vida, por lo que se puede observar, no

²⁷⁶ No olvidar que entre las diversas formas de pensar el derecho se contiene la postura de la ciencia del derecho o de análisis dogmático del derecho, análisis histórico del derecho, análisis filosófico (donde es objeto de discusión la dicotomía entre iusnaturalismo y positivismo además de los puntos de vista anteriores), el realismo jurídico, análisis legal crítico, análisis económico del derecho (que tiene amplia cabida en las discusiones en torno a la responsabilidad civil), análisis literario del derecho, garantismo, neoconstitucionalismo y neopositivismo. Véase: RUIZ-TAGLE VIAL, P. 2013. *Pensar el Derecho*. En: UNA VIDA EN la universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés. Por Fernando Atria “et al” (Eds.). Santiago de Chile, Thomson Reuters La Ley. pp. 643-712.

²⁷⁷ DWORKIN (1994) Óp. Cit. pp.38-39.

²⁷⁸ Las opiniones de la gente se tornan progresivamente menos conservadoras y más liberales conforme el equilibrio que establecen concede mayor peso a la importancia de no frustrar la inversión humana en la vida: las opiniones más liberales ponen énfasis, en distintos grados, en la idea de que una vida humana surge no sólo de fuerzas divinas o naturales, sino también -de manera diferente, pero de importancia central - de un proceso personal de elección, formación, compromiso y de decisión. Véase: *Ibíd.* p.125.

es un derecho tan absoluto en la sociedad de hoy como aparenta mostrarse.

Al mismo tiempo se debe considerar que el Derecho Natural no tiene por qué negar sus principios para permitir el aborto y consiguientemente el *wrongful birth* y estatutos similares.

Piénsese en la causal criminológica que se encuentra en la legislación chilena (que si bien no es aplicable al *wrongful birth* si puede trastocar el problema ético de éste): se dice que “según toda la religión importante, la violación es en sí misma una brutal infracción de la ley y la voluntad de Dios, y el aborto puede muy bien parecer un insulto menos grave (...) aunque la violación no justificaría que se ignoraran los derechos de una persona inocente, sí podría disminuir el horror que sienten los conservadores ante lo que el aborto supone para ellos, la frustración deliberada de la inversión realizada por Dios en una vida”²⁷⁹. Así inclusive respetando a sus principios la discusión podría llegar de nuevo a un punto de gran interés que, al momento de encontrarse algún foco distinto en el daño que no sea la vida (a pesar de no ser absoluta), podría hacer procedente la acción de *wrongful birth*.

Y respecto al tercer pilar de la objeción derivada es necesario mencionar que las posturas tanto conservadoras como liberales²⁸⁰ han planteado este concepto de la vida como un hecho laudable, de la misma manera que lo hacen los detractores a la interrupción del embarazo. Jurisprudencia española y alemana, como se evidenció previamente, afirman con seguridad que la vida jamás puede ser visualizada como un daño, sino como una virtud que éticamente siempre debe ser laudable y fuente de alegría y protección.

Si bien éste ha sido un criterio ético que ha tenido cabida en la jurisprudencia europea, no es lo suficientemente amplio como para entender que no puede proceder la acción de nacimiento injusto, ya que de todas formas la jurisprudencia atiende a nuevos criterios para hacer procedente la acción –como se verá más adelante -. Se adelanta para estos efectos el razonamiento de la Corte Suprema de Georgia, criterio replicado por la Corte Suprema de Alabama en el Caso *Keel v. Banach* (1993) la cual decidió que “debemos notar inclusive considerar la teoría que la alegría de la paternidad debería descartar daños. ¿Podría alguien en su sano juicio sugerir que donde hay un feto sano herido durante el parto deberían descartar los daños? No hay mayor alegría en un feto anormal llegando a su desarrollo completo que un

²⁷⁹ *Ibíd.* p.128.

²⁸⁰ La verdad es que la opinión liberal, al igual que la conservadora presupone que la vida humana tiene en sí misma un significado moral intrínseco, por lo que es en principio inmoral extinguir una vida incluso cuando no están en juego los intereses de nadie. Véase: *Ibíd.* p.50.

feto normal permanente herido en el parto [refiriéndose a las acciones de lesión en parto]. Ambas son condiciones angustiosas que requieren más fuentes financieras y psicológicas de aquellos que se ven bendecidos con hijos normales siquiera pueden imaginarse”²⁸¹.

Esto evidencia que la idea de la vida como una bendición pierde fuerza, esa debilidad pierde la intensidad necesaria como para llegar a la conclusión de que inevitablemente se deba negar la acción de *wrongful birth*. Ahora, consta notar que este razonamiento no niega que la vida sea un bien jurídico laudable digno de proteger, lo criticable se nota al momento de llevarse a cabo una objeción derivada que no guarda consistencia con los fundamentos generales del ordenamiento jurídico y es la falta de coherencia de esta postura la que lleva a definir que la vida como daño no es una conclusión deseable, al igual que el aborto.

Esto se evidencia nuevamente en que “un número importante de personas muy conservadoras en el tema del aborto - que creen que abortar no es nunca, o casi nunca, moralmente permisible, y que estarían horrorizadas si algún pariente o amigo íntimo decidiera abortar – creen, sin embargo, que la ley debería permitir a las mujeres la libertad de decidir por sí mismas si abortar o no, y que es inmoral que la mayoría o el Gobierno les impongan su opinión”²⁸².

De la misma forma puede decirse que el argumento liberal o feminista si bien alude correctamente al argumento u objeción autónoma (donde la vida es valiosa, pero no conlleva a asumir una titularidad de la vida del feto), de existir esta objeción es prácticamente imposible desviarla de la resistencia hacia la idea de la vida como daño. Ya los argumentos feministas, según DWORKIN veían el aborto no como una situación de libertad plena sino en “la responsabilidad de la mujer ante una compleja decisión, ante la que ella es la que está mejor situada [para tomar esa decisión]”²⁸³, a pesar de que se plantea que, una vez tomada la decisión responsablemente, no debiese existir imposición del Estado bajo a criminalización legislativa excesiva en el estatuto abortivo, y menos para que esa legislación le impida a la mujer, adolescente o niña con la debida representación solicitar indemnización.

²⁸¹ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Georgia [en línea], Sentencia caso “*Atlanta Ob. & Gyn. v. Abelson*”, núm. U.S. Report: 398 S.E.2d 557. Court num. S90G1000 de 5 de diciembre de 1990 [consulta: 21 enero 2019]. Disponible en: <<https://law.justia.com/cases/georgia/supreme-court/1990/s90g1000-1.html>>

²⁸² DWORKIN (1994) Óp. Cit. p.45.

²⁸³ *Ibíd.* p.78.

He aquí un insumo nuevo prestado por el argumento antes expuesto en donde confluyen las teorías liberales y feministas, quienes afirman un nuevo foco del daño resarcible en este tipo de acciones sin sacrificar la valoración primordial del bien vida: ya citada por DWORKIN (1994), ROBIN WEST destacó que “las mujeres **necesitan libertad de tomar decisiones en cuestiones de reproducción** no sólo por un derecho a que se las deje en paz, sino a, a menudo, para reforzar sus lazos con los demás: para planificar responsablemente una familia al que mantener, para continuar cumpliendo con las obligaciones profesionales o laborales contraídas con el mundo exterior, o para seguir sosteniendo a sus familias o comunidades”²⁸⁴.

Este insumo es importante porque esta afirmación, que parece ser idéntica a la presentada en los argumentos base del Capítulo III (en lo relativo a la autodeterminación sexual y reproductiva), es la base para responder a esta pregunta filosófica y así justificar la identificación del daño en el nacimiento, debido a que no debe olvidarse que la pregunta filosófica consiste en si está justificada a veces la frustración de un vida biológica para evitar así que se frustre una contribución humana (el acto sexual) que ha dado origen a esa vida u otras vidas, y la tan buscada respuesta a la pregunta puede verse encapsulada en el mismo fundamento de las causales de la ley 21.030 como en la legislación comparada.

Éste se encuentra en la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer, derecho que le da importancia al poder decisión que bajo muchas formas de pensar el derecho, entre ellas el feminismo, el garantismo, el análisis sociológico del derecho y el liberalismo, radica en esa contribución humana (la relación sexual o la misma planificación familiar) convertida en frustrada –sobre todo en la causal criminológica -, pero que si no es por un delito penal – como la violación – también puede ser causada esa frustración por un delito civil – negligencia médica por error u omisión de diagnóstico – donde el poder de decisión de la mujer se vio frustrado por culpa o dolo del médico quien producto esa obstaculización genera un daño, sin necesidad de remitirse a la discusión sobre la vida como valor intrínseco.

Es este el fundamento principal por el cual puede explicarse que en la mayoría de los ordenamientos proceda de todas formas el *wrongful birth*, a pesar de que el aborto es objetado como conducta valorable en la mayoría de las legislaciones, aun así éstas aplican esta acción civil, dado que su legislación posee una objeción autónoma al aborto (darle a la vida el significado de valor de máxima importancia), lo cual no impide su procedencia en causales o

²⁸⁴ Ibíd. p.79. El destacado es propio.

plazos ya que existe algo detrás que está siendo vulnerado y ese algo vulnerado es fundamento suficiente para fundamentar la responsabilidad civil sin necesidad de encaminarse a esta discusión ética que por mucho tiempo el Derecho Natural intentó presentar.

Por todo lo anterior, se concluye que la objeción derivada pierde sustento al entender que (i) la vida no es un valor absoluto, sino no existiría coherencia con el ordenamiento jurídico al presentar claras vulneraciones a la vida por criterios de razonabilidad objetivos (ii) el Derecho Natural es una de las formas de pensar el derecho (y que, además bajo muchos puntos de vista, está obsoleto), y (iii) lo valioso de un nacimiento no impide la indemnización, ya que el daño puede encauzarse en otras fuentes, entre ellas comparando la vida con discapacidad con la vida sin discapacidad, junto al dolor de una decisión frustrada de los padres de poder abortar producto a la negligencia médica procedente en estos estatutos.

Bajo este análisis y tomando en cuenta las pistas que dieron quienes sostienen una objeción autónoma y respaldada la libertad procreativa es donde se podrá encontrar una respuesta a la identificación del daño legítimo en *wrongful birth*, cuestión que se analizará a fondo en el siguiente punto.

IV.2. Vulneración al derecho al aborto como daño: el detrimento en la restricción para poder decidir.

Ya se mencionó que la autodeterminación sexual y reproductiva es vulnerada al momento de detectarse omisión o error en diagnóstico, pero ¿cómo lleva esto a resolver la potente problemática de la vida como daño? Este acápite se encargará de resolver esta pregunta, evidenciando las posturas ético jurídicas que permitieron que, aun de no existir respuesta en relación a la situación del daño identificado en el nacimiento, la acción pudiese ser procedente.

El primer punto que se debe tener en cuenta es que existe un consenso religioso, doctrinario y sociológico en los ordenamientos que le dieron nacimiento al *wrongful birth* en el hecho de que “no es de la incumbencia del Gobierno intervenir para evitar el aborto, incluso los moralmente no permisibles, pues la cuestión de si un aborto es justificable es algo que, en último término, debe decidir la mujer embarazada”²⁸⁵. Este razonamiento se ha visto no sólo en el derecho extranjero, sino que también fue reproducido por el Tribunal Constitucional chileno al momento que afirma que “esta protección [de la vida del que está por nacer] no

²⁸⁵ *Ibíd.* p.49.

puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer. La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto una violación. Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer”²⁸⁶.

Así, teniendo en cuenta esta idea, en los estatutos de *wrongful birth* y similares se han buscado caminos alternativos a través de los cuales lograr la satisfacción del interés de los progenitores de seguir una indemnización, donde más que tratar el problema ético que podría prolongarse innecesariamente, se trató “de eludir, al mismo tiempo, que el daño se centre en el hecho del nacimiento de su hijo. Se parte, pues, de la afirmación de que éste no es, en sí mismo, un daño, y se trata de identificarlo con otros intereses o derechos de los progenitores que se han visto lesionados”²⁸⁷, es aquí donde entra la lesión a la autodeterminación sexual y reproductiva como fundamento del daño que guardaría una relación causal directa al acto negligente del médico sin tener que volver a discutir el concepto de la vida como daño.

Por eso la doctrina afirma que “para admitir este tipo de acciones, se tiende a situar el daño en un evento alejado del nacimiento, lo que resuelve ese tipo de objeciones y además facilita el nexo causal”²⁸⁸. Y es allí donde en las acciones de *wrongful birth* donde se ha logrado superar todo tipo de objeciones, tanto autónomas como derivadas, al aborto permiten el resarcimiento del daño recurriendo a la ya conocida teoría de la separación alemana (*Trenungslehre*) según la cual los progenitores reclaman la vulneración de la autodeterminación sexual y reproductiva y el daño ante la posibilidad de decidir sobre el aborto como fundamento para la indemnización, pero no en base del nacimiento del niño en sí mismo²⁸⁹. Así, los progenitores “centran la pretensión de reparación en otros daños o perjuicios que experimentan en relación con el comportamiento del profesional sanitario que no les informó de los defectos o enfermedades que padecía el embrión o feto o de los riesgos que amenazaban a la descendencia futura, aún no concebida”²⁹⁰.

El centro de la pretensión en este caso para mantener la causalidad no discrimina el titular activo, bien se dice que puede ser la madre como ambos progenitores los que pueden reclamar

²⁸⁶ CHILE. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea], sentencia rol 3729-17 de 28 de agosto [consulta: 20 abril 2018]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=3515>. Considerando °79.

²⁸⁷ MACIA MORILLO (2009) Óp. Cit. p.186.

²⁸⁸ ELIZARI URTASUN (2009) Óp. Cit. p.142.

²⁸⁹ GARCIA HUAYAMA (2012) Óp. Cit p.18.

²⁹⁰ MACIA MORILLO (2009) Óp. Cit. p.187.

el daño de este derecho²⁹¹, por lo que esto no constituiría obstáculo para admitir la partida del daño en esta acción. Además de no discriminar entre titular legitimado, tampoco discrimina entre los diversos tipos de diagnósticos que puedan cubrirse en el contexto, con la teoría de la separación “la pretensión de indemnización se suele centrar, principalmente –según cuál sea el supuesto de hecho–, bien en la privación de la libertad de procreación a ambos progenitores (supuestos de errores en el diagnóstico preconcepcivo), bien en la privación a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo (error en el diagnóstico prenatal)”²⁹². Frente a estas ideas no deberían existir problemas en lo que causalidad respecta para concebir la acción de *wrongful birth* en este contexto.

A mero modo de ejemplo, puede presentarse esta fundamentación en el ordenamiento español, el cual considera que el daño puede encapsularse específicamente en la libertad de procreación consagrado en el artículo 10.1 de su Constitución Política. Junto a esto, se puede vincular el daño con la facultad de la madre de interrumpir voluntariamente el embarazo, y también concede indemnización “en los gastos que acarrea el niño (carga suplementaria que para los padres representará su sostenimiento y educación) –que son distintos a su vida”²⁹³. Este último argumento no es menor, ya que alude en cierto modo a que, de todas formas, saliendo de la concepción del daño en la obstaculización de decisión de la mujer también podría fundamentarse en el sobrecosto generado por la discapacidad en el nacimiento y no en el nacimiento en sí mismo, presentando una solución ética probable a la problemática del nacimiento como un daño.

El fundamento de por qué ésta puede ser una respuesta a la problemática se encuentra en que la teoría de la separación “no contradice ni erosiona el valor de la vida, sino que muestra la particular valoración de un sujeto respecto de uno de sus derechos”²⁹⁴. Al mismo tiempo se afirma que la reclamación de responsabilidad civil no pretende destruir o poner fin a la vida de un niño, sino sólo obtener una indemnización que compense o resarza al titular del hecho de llevar una vida gravemente enferma, mismo argumento que es utilizado por el precedente formado en Estados Unidos (en *Keel v. Banach*) para responder ante lo laudable que es el nacimiento en una sociedad determinada, aludiendo a que el problema no está entre el

²⁹¹ No así el padre por sí solo. Véase Capítulo I acápite I.2.d relacionado a los elementos de la responsabilidad civil en la acción de *wrongful birth*, en específico la legitimación activa.

²⁹² MACIA MORILLO (2009) Óp. Cit. p.187.

²⁹³ PACHECO JIMÉNEZ (2011) Óp. Cit. p.8.

²⁹⁴ MACIA MORILLO (2009) Óp. Cit. p.193.

beneficio de la vida y el beneficio de la no vida, sino que en la vida sin limitaciones y la vida con discapacidad.

Ahora bien, es posible preguntarse, ¿por qué indemnizar la vulneración del derecho fundamental y el sobrecosto? ¿por qué no pueden ser ambas una misma partida indemnizatoria? La respuesta está debidamente determinada en su alcance temporal. Si bien la vulneración de un derecho fundamental reconocido por un sistema jurídico determinado acarrea una indemnización probablemente cuantiosa, éste sólo se posiciona temporalmente en el momento en que la mujer percibe esta ‘falsa realidad’ creada por el profesional médico, pero no atiende al verdadero problema que es la crianza de un niño discapacitado siendo un cuidado que requiere una atención constante y un considerable cambio en el estilo de vida y en los costos de adaptación de mobiliario del hogar, herramientas de trabajo y movilidad, aparatos ortopédicos, de auxilio a necesidades básicas etc²⁹⁵.

Es por esto que no llama la atención que en la jurisprudencia europea (alemana y española)²⁹⁶ se evidencie un pago de indemnización por períodos y revisión del pago de la indemnización de manera periódica, de la misma forma que una pensión alimenticia. Además, se ha reconocido que la vulneración al derecho fundamental se relaciona a la partida de daño moral y el sobre costo de crianza a la partida de daño patrimonial²⁹⁷.

Es más, negar ambas partidas indemnizatorias en favor de los demandantes, y sobre todo en favor de la mujer, basado en concepciones éticas vulneraría no sólo el principio de reparación integral del daño, sino que también vulneraría directamente el derecho de igualdad ante la ley y la dignidad de la mujer reconocidos expresamente en los artículos 19 N°2 y N°1 de la Constitución chilena respectivamente. Esto porque, si se aterrizan los sobrecostos de crianza (en caso de proceder) a la realidad chilena, ni siquiera existe entidad aseguradora u organismo estatal de seguridad social que realice sistemáticamente los pagos para cubrir las evidentes necesidades familiares debido que la misma prestación médica se encuentra éticamente rechazada. Por tanto, los gastos deberían ser solventados por la misma víctima

²⁹⁵ Es necesario advertir que el problema de la crianza es un problema general que se presenta en el *wrongful birth* y por eso se expone. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en Chile este problema no se presentaría, dado que la ley 21.030 presupone la inviabilidad del feto, por lo que el problema de la discapacidad no se presentaría. Sin perjuicio de que los daños sufridos por la mujer al no ser informada debidamente procederían indiscutiblemente.

²⁹⁶ El profesor FINN menciona que generalmente los pagos indemnizatorios se realizan mensualmente en forma de pensión alimenticia y la revisión respecto al estado de pago se realiza cada 2 años. Se reconoce en el mismo coloquio que de haber entidades de seguridad social que cubran los pagos, de todas maneras, habrá indemnizaciones, pero de menor cuantía. Véase: CÁRDENAS “et.al” (2018) Óp. Cit. [grabación inédita]

²⁹⁷ Véase acápite I.3. Wrongful Birth y legitimación del daño, Capítulo I.

del acto negligente, es decir, la mujer, paciente de una prestación médica errónea que alteró el curso de su vida considerablemente, cuestión que hubiese sido distinta si cualquier otro paciente sujeto a cualquier otra prestación médica hubiese sufrido un cambio considerable en su vida producto a una enfermedad no detectada debidamente por el médico tratante, y lo más cuestionable de todo es que el fundamento estaría –por lo que se ha podido observar en el acápite anterior – en una objeción ética bajo el entendimiento que toda vida trae belleza en el mundo y no en un criterio científico o jurídico objetivo.

No está demás mencionar que, además de la constante atención que requiere una persona discapacitada, la maternidad en sí misma en Latinoamérica es un obstáculo para que la mujer pueda atender a esas mismas necesidades del hijo discapacitado que cuida, atendiendo a la ya tan latamente discutida brecha salarial entre hombres y mujeres y la gran cantidad de obstáculos que presenta la mujer en el mundo laboral para así captar ingresos y atender a las necesidades de ella y de su familia, ¿no existiría entonces argumento suficiente para atender a una reparación integral del daño entendiendo copulativamente el daño moral por la vulneración a su derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva y el sobre costo de crianza? Al parecer la respuesta es evidentemente afirmativa.

Volviendo a los fundamentos de la doctrina de la separación, los autores que siguen esta tesis sostienen también que esta concepción del daño no es incompatible, al menos, con la objeción autónoma ya que evade el problema de la vida como daño. Esto significa que es perfectamente posible darle un valor central al nacimiento y de todas formas permitir el *wrongful birth*. Por ejemplo, el autor español ANGEL YÁÑEZ citado por VICANDI (2013) afirma que ninguna persona puede ser un daño en sí misma, “no obstante, el perjuicio económico que puede ocasionar el nacimiento de un ser enfermo, sí que puede considerarse un menoscabo, siempre y cuando la dolencia fuese desconocida, como consecuencia de una información deficiente”²⁹⁸.

En Estados Unidos, por ejemplo, “las opiniones liberales acerca del aborto no derivan simplemente de la negación de que el feto sea una persona con derecho a la vida; presuponen que algún otro valor importante está en juego”²⁹⁹. Se dice que es perfectamente coherente sostener la idea de que la vida es un valor moral intrínseco y creer que la decisión de poner fin o no a una vida humana por medio de una indemnización debería dejarse de manera

²⁹⁸ VICANDI MARTÍNEZ (2013) Óp. Cit. p.47.

²⁹⁹ DWORKIN (1994) Óp. Cit. p.47

privativa a la mujer embarazada. Se ha dicho que en el ámbito social esta combinación de ideas no es sólo consistente en sí misma, sino también congruente con la gran tradición de la libertad de conciencia de las modernas democracias pluralistas³⁰⁰.

Ahora, es necesario evidenciar un problema grave en esta teoría: su alcance y su fin. Si bien la teoría de la separación puede solucionar el problema del *wrongful birth*, no soluciona el problema en el *wrongful life*, cuestión que se debe mencionar a pesar de que sobrepase los alcances de esta investigación.

En el *wrongful life* no puede haber un derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva en juego, sino derechamente un derecho a la vida o no vida ya que el titular es distinto y los daños que sufre tienen una vinculación causal distinta. No se debe olvidar que “ni la facultad de interrupción voluntaria del embarazo ni la libertad de procreación se establecen en atención al interés del niño de no nacer, sino en atención a los intereses de la gestante o de los progenitores”³⁰¹ y como el fin de la teoría de la separación es eludir el problema ético en vez de tratarlo, es en *wrongful life* donde se evidencian sus consecuencias negativas ya que el problema de la vida como daño persiste.

Es por esto que es una realidad en el derecho comparado que “las acciones por *wrongful life*, por lo general, se desestiman por una gran mayoría de los Tribunales estadounidenses, al considerar que no ha existido un daño indemnizable. En similar sentido se han pronunciado una serie de leyes estatales que han dictado en relación con este controvertido tema. Los argumentos con los que se ha justificado la negativa pueden ser de dos clases: lógicos, de un lado, y, de otro, de políticas públicas”³⁰². La desestimación también se expuso en la ley que surgió en función del caso *Perruche* y la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, cuestión que otros ordenamientos no han dejado de lado.

Consta recalcar que esta objeción al *wrongful life* no es derivada si no autónoma, y por tanto no atiene a los argumentos presentados por el Derecho Natural, sino que por razones que se esquematizan como lógica y política pública, así “el argumento lógico se relaciona con la paradoja de la inexistencia y descansa sobre la siguiente asunción: es imposible comparar la situación de una persona que vive con severas limitaciones con aquella en que se encontraría

³⁰⁰ *Ibíd.* p.24.

³⁰¹ MACIA MORILLO (2009) *Óp. Cit.* p.200

³⁰² ROMERO COLOMA (2010) *Óp. Cit.* p.2570.

sino hubiera llegado a existir, por lo que no resulta posible mensurar los daños indemnizables. En cuanto al argumento de políticas públicas, está relacionado con la santidad de la vida; si se afirma que la vida es siempre preferible a la falta de vida, no se puede alegar como un daño el hecho de estar vivo³⁰³ donde también se agrega la argumentación práctica presentada en el primer acápite y que no se encuentra monopolizada al Derecho Natural (dada su debilidad argumentativa): presión al profesional sanitario, incentivo en la realización de prácticas eugenésicas y desviación del interés del Estado en materias como la seguridad social en materia de protección de embarazadas en situación de riesgo.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, el hecho de que la teoría de la separación no haya tratado el problema de la vida como daño no significa que este tema no se haya discutido por la doctrina respondiendo directamente al problema ético que se presenta en este contexto. A mero modo de propuesta se hace necesario exponer el insumo de ROMERO COLOMA quien ha sido anteriormente citado y se hace cargo de la objeción autónoma hacia el *wrongful life* y sus fundamentos lógicos y de política pública para negar resarcibilidad del daño.

El argumento de lógica, al momento que caen dos criterios comparativos imperceptibles por la víctima, sigue la misma idea respecto a la imperceptibilidad del reproche social a la persona que se suicida, preguntándose por qué vale la pena castigar a una persona que decide poner fin a su vida si la persona ya no percibe el reproche penal. De todas formas, se considera que en el suicidio es una sola persona la que desea poner fin a su propia vida y no un tercero, como lo sería en el caso de aborto donde se habla de la madre respecto del feto. Sin perjuicio de esto, no se debe olvidar que quien acciona es el hijo³⁰⁴ y no los progenitores solicitando resarcimiento, por lo que tal acción podría verse como un deseo de no vivir y ser respaldado por una indemnización como 'premio' tutelado por el Derecho Civil.

Este último razonamiento no es cierto, ya que se incita a pensar que el punto de comparación es entre la existencia y la inexistencia, cuando en realidad esa misma comparación es imposible de llevarse a cabo por la mente de la víctima ya que "nadie ha experimentado, ni puede experimentar, su propia no existencia, su no vida, porque esto es algo que no se puede percibir, al menos con los sentidos. Entonces ¿cómo establecer la comparación entre la vida y la no vida? ¿Cómo se puede afirmar que la vida sea mejor que la

³⁰³ *Ibíd.* p.2571.

³⁰⁴ Se reitera la advertencia mencionada anteriormente: en Chile la acción del hijo no prosperaría, dada la exigencia de inviabilidad fetal en la causal embriopática. El supuesto es presentado en esta investigación para ilustrar el problema ético en general.

no vida? Decae claramente uno de los términos comparativos, al no poder ser percibido³⁰⁵ y claramente al no ser percibida la virtud de la inexistencia, menos probable será que pueda ser indemnizada 'la virtud de la no-vida' si nadie puede saber exactamente cómo se siente no hacer nacido.

Y respecto al argumento de la política pública, ha dicho ROMERO COLOMA que a pesar de la utilidad práctica de los argumentos anteriormente mencionados "el problema es en realidad que el niño existe, y sufre con su existencia, y ello ha sido debido a la negligencia de otras personas que son las responsables y no se ve – al menos yo [el autor] no lo veo – por qué dichas personas no van a responder civilmente, en aras de otros argumentos, como la santidad de la vida, que no son relevantes a la hora de la determinación y delimitación de la responsabilidad"³⁰⁶. Como puede observarse, ROMERO COLOMA se está acercando al razonamiento antes expuesto de la Corte Suprema de Georgia aplicada por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Alabama antes citada, pero aplicable a casos de *wrongful life*, cuestión no antes considerada por ambas sentencias.

Para ROMERO COLOMA, el problema se resuelve al cambiar los puntos de comparación: en vez de reclamar el hijo la no vida, debería reclamar respecto de la vida con discapacidad versus la vida íntegra y solicitar indemnización por los daños que eso implica. Así, entonces el problema "puede ser soslayado si se admitiera que los términos de la comparación fueran los siguientes: la vida, de un lado – vida entendida como beneficio, como bien y como derecho fundamental de la persona – y, de otro, la vida con anomalías taras graves o enfermedades físicas y/o psíquicas penosas. En este supuesto, cabría referirse a los daños morales del hijo nacido con estas deficiencias, y no centrar tanto la atención, ni la disputa doctrinal, en relación con los daños patrimoniales"³⁰⁷. El fundamento jurídico del daño se encontraría en vez de en un enunciado negativo del 'derecho a la no vida' estaría en una formulación en sentido positivo donde existiría en la Constitución un derecho a vivir sano en favor del demandante que se vio frustrado por el médico tratante.

Esta propuesta resulta ser de peso, pero ¿por qué no ha sido aplicado por la jurisprudencia extranjera? Una posible respuesta se encuentra en ciertos problemas de causalidad que se pueden encontrar en este contexto: el médico no causa la discapacidad en la causal

³⁰⁵ ROMERO COLOMA (2010) Óp. Cit. p.2571.

³⁰⁶ *Ibíd.* p.2571.

³⁰⁷ *Ibíd.* pp.2573-2574.

embriopática, la mayoría de las veces la patología es congénita y no puede ser controlada por el profesional médico por lo que el requisito de causalidad no parece ser perfectamente determinado ya que en *wrongful life* está en la detección y no causación de la enfermedad. Es aquí donde cabe preguntarse si en *wrongful life* la acción debe proceder contra el médico o debiese pedirse, por ejemplo, algún apoyo económico social que permita solventar los gastos y el dolor emocional que conlleva vivir con discapacidad, sin perjuicio que esta no es una respuesta a largo plazo, debido a que no todo Estado posee los medios o recursos para poder solventar estas necesidades.

Así, como puede observarse, la respuesta al problema ético sigue siendo discutida. Con la teoría de la separación hay una solución relativa más que una toma de posición directa para resolver la problemática. Ésta, si bien responde al problema objeto de esta investigación – el *wrongful birth* – de todas maneras, deja cabos sueltos y soluciones inconclusas en el estatuto del *wrongful life*.

De todas formas, se puede sacar como conclusión constructiva que en el *wrongful birth* nuevamente todo problema se encamina al reconocimiento de un derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva donde sea procedente la indemnización de perjuicios, cuestión que como se vio en el Capítulo III cuenta con un gran apoyo en el derecho comparado e internacional. Es decir: de entender la vida como un daño, no se tendrá respuesta al problema, al menos integralmente, pero si se mira el problema desde el verdadero afectado (los progenitores) y los derechos relacionados con éste que fundamentan la despenalización o legalización de la interrupción del embarazo bajo la teoría de la separación, se hace innecesaria la discusión ética y procede de todas formas la indemnización, al menos en el *wrongful birth*.

IV.3. Consecuencias que genera el análisis ético sobre el daño en el sistema del *wrongful birth*.

Como ha podido evidenciarse la idea de concebir la vida como daño ha sido un gran obstáculo para admitir las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Sea cual sea la idiosincrasia detrás del problema ético presente en esta situación se puede observar que, sea por la existencia de un derecho natural intrínseco que se justifica en sí mismo, como por la valoración constitucional de primer nivel o por un grado de responsabilidad mayor por los bienes jurídicos que se encuentran en juego, la vida es valiosa éticamente hablando. Esto siempre pensando en el niño discapacitado ya nacido, a corto o largo plazo, al momento de

interponerse la acción de *wrongful birth o wrongful life*. Ahora, lo que llama la atención y justificó la necesidad ser trabajado en profundidad en el primer acápite es la idea de que el bien jurídico 'vida' no es un bien absoluto, siempre será necesario algún límite atendiendo a criterios de razonabilidad mínimos como lo es en el caso del suicidio, la legítima defensa o el estado de necesidad. Es más, la despenalización del aborto es otra forma de condicionar la ya amplia y discutida existencia del feto al momento de proceder alguna causal o plazo. También se ha podido notar que los principales argumentos que intentaron negar la vida como daño se encontraban encapsuladas principalmente en el Derecho Natural, el cual afirmaba una objeción derivada del aborto reconociendo al feto como titular de derecho la vida, bien jurídico considerado como una exigencia que inclusive puede 'eximir al profesional médico de todo tipo de responsabilidad' en este contexto – ahí la importancia que esta forma de ver el derecho sea vista con particularidad - ya que obedece a una mayor razón de peso justificada en sí misma y en la gracia de Dios para que sea imposible no sólo concebir la vida como daño, sino también todo estatuto abortivo.

Se buscó demostrar que esta postura no tiene hoy razones de peso para ser el punto de vista central en la materia ya que: primero, la idea de un derecho a la vida intrínseco y absoluto no guarda coherencia con el ordenamiento jurídico que establece hipótesis que constituyen claras limitaciones al derecho a la vida, inclusive de personas ya nacidas; segundo, porque existen otras maneras de las cuales abordar el problema –es decir, otras formas de pensar el derecho - que son representativas a la sociedad y derecho de hoy; y tercero, porque la belleza y alegría devenida del nacimiento no quita el dolor causado por el nacimiento de un niño discapacitado que se creía sano. Así, la doctrina ha intentado abordar la problemática girando en torno al dolor por la vida discapacitada versus a la vida sana y está última como el bien jurídico legítimo afectado producto a la negligencia médica. Es ese insumo el que permite que la vida como daño pueda ser vista bajo una mejor luz, a pesar de que esta nueva concepción evidencia serios defectos en el área de causalidad en la causal embriopática al no poder identificarse la enfermedad con la negligencia del médico debido a que gran mayoría de las enfermedades que causan discapacidad son congénitas y el médico sólo omite o emite erróneamente la información sobre la misma.

Si bien el Derecho Natural pierde peso en sus propios postulados, esto no quita que la vida siga siendo un bien jurídico relevante en todo ordenamiento bajo una objeción autónoma, y si no es la vida –dada la discusión de la personalidad jurídica del feto y la titularidad de su derecho a la vida -, lo será en el interés constitucional de proteger al que está por nacer como

deber del Estado de primer nivel, tal como lo hace el inciso segundo del artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República de Chile. Así también lo ha evidenciado la doctrina constitucional norteamericana, la misma que le dio el nacimiento a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, ésta ha evidenciado en declaraciones de religiosos³⁰⁸, liberales³⁰⁹, feministas³¹⁰, profesionales de la salud y gente común³¹¹ que la vida sigue siendo algo que deba tener protección, sea de manera más intensa como menos intensa, y que la interrupción del embarazo contrarrestaría tal postulado. Contradicción que no es grave ante situaciones excepcionales porque de una objeción autónoma no deriva la titularidad absoluta del derecho a la vida del feto, sino solo la vida como bien laudable.

³⁰⁸ Como se había mencionado anteriormente, rabinos, sacerdotes y creyentes católicos de la doctrina de la Ética Coherente de la Vida asumían una objeción autónoma donde el aborto era considerado como indeseable, la vida como deseable, pero por razones de cargas irresistibles sería necesario permitir hipótesis excepcionales de aborto. Véase: DWORKIN (1994) Op. Cit. pp.53-54.

³⁰⁹ Para la opinión liberal, cabe considerar la sentencia del juez Blackmun en *Roe v. Wade* que vinculó la autonomía a la sexual y reproductiva como una derivación del derecho constitucional general a la privacidad, no entendido en el sentido de que dependa o se excluya de lo que ocurra “a las mujeres en el dormitorio”, sino que en el sentido de soberanía en la toma de decisiones, y del hecho de que el Gobierno proteja la soberanía de la mujer sobre su cuerpo para la procreación no se sigue que el gobierno sea indiferente a cómo ella es tratada por su pareja – o cómo trata ella a su pareja – dentro de su casa. El derecho de la mujer a no ser violada o forzada sexualmente es otro ejemplo de derecho de disponer del propio cuerpo. Véase: *Ibid.* pp.73-74.

³¹⁰ Catharine MacKinnon considera que la valoración al bien ‘vida’ depende del significado de la libertad del acto que la creó. Opina adicionalmente que, según la experiencia de muchas mujeres embarazadas, el feto es una forma humana de vida. Está vivo, más que una parte del cuerpo, pero menos que una persona, donde está es en gran parte qué es. Desde el punto de vista de la mujer embarazada, es al mismo tiempo yo y no yo. El feto “es” la mujer embarazada en el sentido que está en ella y es de ella, y es más de ella que de cualquier otro. Él “no es” ella en el sentido de que ella no es todo lo que hay ahí. Se determina con esto que al ser el feto de ella más que de cualquier otro, es porque es producto de su creación y responsabilidad. Esto implica que de entender el aborto un objeto de decisión autónoma dependiendo de la autonomía en el acto de creación (el sexo) y que el embarazo es un acto de “responsabilidad” y no de mera liberalidad es porque hay algo más abstracto al derecho fundamental a la vida que debe ser protegido. Esto es perfectamente coherente con la idea de que puede existir una objeción autónoma al aborto (que la vida es importante, sea como derecho fundamental, como interés jurídico, como fuente de responsabilidad) con un estatuto que permita extensiblemente hipótesis y plazos para interrumpir el embarazo. Véase: *Ibid.* pp.75-78.

³¹¹ El estudio de la socióloga Carol Gilligan, profesora de Harvard, es latamente citado tanto por liberales como feministas debido a sus gravitantes resultados. Éste estuvo basado en la entrevista de 29 mujeres (objeto de una aleatoria selección) que pensaban abortar y a quienes los servicios de consulta habían remitido a su programa de investigación. De ellas, 21 abortaron, 4 dieron a luz, y 2 tuvieron un aborto natural, todas estuvieron dispuestas a discutir sus decisiones con un extraño y retrasar para ello sus abortos. La gran mayoría de estas mujeres tenían dudas, la razón no era por la discusión sobre la personalidad jurídica del feto, sino que por la existencia de un conflicto entre *responsabilidades*: un conflicto relacionado en poder decidir cómo actuar de un ‘modo razonable y humano, que deje a la persona quizá un poco trastornada, pero no totalmente destruida’. Consta recalcar que entre las 29 mujeres se encontraba una menor de 17 años que afirmó que quería dar a luz, pero pensando en ella misma y por su propia vida debía abortar ‘inmediatamente’, tenía en mente su obligación de hacer de su propia vida algo valioso para transmitirla a su futuro hijo, y no su propia satisfacción; y una enfermera católica quien concibió que el aborto era un asesinato, pero pensaba también que el aborto debía ser permitido en ciertas hipótesis excepcionales: no discutió el estatus jurídico del feto, sino que consideró el conflicto de responsabilidades que creía haber contraído con su familia, con los demás y consigo misma. La única razón por la que podría existir un sentido de responsabilidad es porque hay algo que proteger y que está en juego al momento de tomar la decisión de abortar, y eso es lo que se relaciona a la santidad de la vida, sea cual sea el argumento que se ocupe. Véase: *Ibid.* pp.79-80.

Dado este problema e instaurada esta concepción sobre la vida, independiente del punto de vista que se tome, la jurisprudencia comparada de manera unánime ha encapsulado esta idiosincrasia y rechazado las acciones de *wrongful life*, sobre todo desde los eventos en el *Caso Perruche* y consecuentemente en la *Ley Kouchner*. Esto no implica que por esa misma resistencia ética unánime no pueda proceder por su parte la acción de *wrongful birth*, ya que la aplicación de la misma en los mismos países que resisten a calificar la vida como daño, toman como hecho notorio que la acción de *wrongful birth* procede de todas maneras.

La razón tras la procedencia del *wrongful birth* se encuentra en la identificación del daño en otro foco causal, que guarda completa coherencia con la situación fáctica: El *wrongful birth* tiene como titular activo a ambos progenitores o a la mujer, adolescente o niña embarazada y no el feto. Por tanto, el bien jurídico vida (sea como derecho fundamental o interés público) y su concepción de éste como daño se encuentra fuera de discusión. La discusión en este contexto se da realmente en *la afectación al derecho fundamental de la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer* y queda fuera de dudas que al frustrar una decisión autónoma que afecta con creces la vida de los padres respecto del cuidado, a corto o largo plazo, de un hijo o hija con discapacidades causado por una negligencia en el diagnóstico, debería proceder una indemnización por la grave afectación a este derecho. Esta nueva focalización, como se mencionó anteriormente, pudo llevarse gracias a la teoría alemana de la separación que, como bien menciona la doctrina, no busca enfrentar el problema, sino que eludirlo. Esto conlleva a consecuencias positivas como negativas: la positiva es que la acción de *wrongful birth* es procedente y no posee una connotación ética de peso que permita un criterio subjetivo de interpretación judicial; la negativa, en el hecho de que la teoría de la separación no logra resolver directamente el problema y es de alcance limitado ya que constituye un gran impedimento para la procedencia del *wrongful life*, a pesar de los intentos que ha tenido la doctrina para resolver el problema ético central en este último estatuto.

Así, se puede concluir que mientras se vea el daño en la lesión a la autodeterminación sexual y reproductiva, ésta será procedente sin mayor resistencia, al menos entendiendo el aborto bajo una objeción o argumento autónomo, pero si se entiende la vida como el daño habría aun fuerte resistencia ética sea cual sea la postura que fuere. Hay desafíos actuales que intentan responder a este problema, algunos casi aciertan en el verdadero problema (la discapacidad y no la vida en sí misma como daño), pero aún faltan dar pasos más profundos para resolver éticamente el problema ante una situación inminentemente urgente.

CAPÍTULO V: APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL WRONGFUL BIRTH EN EL DERECHO EXTRANJERO Y SU PROYECCIÓN EN CHILE

Ante las precisiones conceptuales realizadas en los capítulos anteriores y la exposición de las posturas doctrinarias que intentan responder ante el inminente escepticismo ético en torno al estatuto del *wrongful birth*, es necesario bajar todos estos presupuestos teóricos a la realidad para así ver cómo las bases del *wrongful birth* se verifican en casos de negligencia médica propiamente tales.

Es por esto que en el siguiente capítulo, en primer lugar, se expondrán brevemente algunos casos resueltos en el derecho extranjero para evidenciar el razonamiento jurisprudencial que reconoce en la práctica el estatuto de *wrongful birth*.

En segundo lugar, se analizarán las particularidades en el juicio de responsabilidad civil de los casos expuestos para así evidenciar que sólo ante la existencia de una regulación, tanto a nivel constitucional como legal, o precedente judicial que reconozca el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, se puede contemplar la aplicación jurisprudencial del estatuto de *wrongful birth* en el ordenamiento respectivo. Esto porque sólo así se tiene fundamento de un daño legítimo justificado en un derecho fundamental y si no existe tal reconocimiento no hay daño que indemnizar, debido a la considerable resistencia doctrinaria que nace del entendimiento de la vida como daño. Se observará que este criterio no es una realidad aislada si no una tendencia reiterada en ordenamientos jurídicos muy similares al chileno. Es en este mismo punto donde también se buscará explorar los supuestos fácticos que demuestren las diversas hipótesis de *wrongful birth* en la práctica.

Y, en tercer lugar, se comparará el razonamiento sistémico del derecho extranjero evidenciado en el punto anterior para aplicar el *wrongful birth*, con el ordenamiento chileno y sus presupuestos en donde se demostrará que dada la forma y contexto en que entró en vigencia la ley 21.030 en Chile no es posible aplicar el *wrongful birth* ante un eventual caso de negligencia médica atendiendo a las limitaciones establecidas por el Tribunal Constitucional. Esta conclusión, sin embargo, ilustrará que la resistencia jurisprudencial no se basa en un criterio unánime ni complejo, sino en una cuestionable contradicción en el razonamiento del

Tribunal Constitucional que siendo modificada no tendría mayores limitaciones para permitir el estatuto de *wrongful birth* en Chile.

V.1. Casos de *wrongful birth* en el derecho extranjero: análisis jurisprudencial.

Como se vio anteriormente, la posibilidad para que el estatuto de *wrongful birth* sea aplicable “va asociada al reconocimiento en el ordenamiento en cuestión de la facultad de interrupción del embarazo”³¹², sea bajo un reconocimiento legislativo o jurisprudencial, en forma de autodeterminación plena (derecho en faz negativa, abstención de impedimento de ejercicio) o como garantía de acceso (derecho en faz positiva que implica la realización de actividades concretas), pero de todas formas necesita un reconocimiento explícito. Es por medio de ese reconocimiento en donde se resuelve la problemática ética anteriormente planteada.

Ya se ha dejado en evidencia que con estos presupuestos se interpone una eventual acción de *wrongful birth*. Por eso será necesario exponer la regulación sobre el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva que el respectivo ordenamiento jurídico, del cual corresponderán los casos a analizar, tenga y el estado que se encuentra la legislación relativa a la interrupción del embarazo (en el sentido de despenalizar o legalizar la conducta, junto con el hecho de ser reconocida como prestación médica sujeta a estándares y deberes legales) en ese mismo ordenamiento.

Es por esto que para exponer la regulación respectiva y los casos que aplican la misma, se decidió seleccionar ordenamientos significativos en el surgimiento y desarrollo del *wrongful birth* para ser analizados. Éstos serán el ordenamiento estadounidense, dado que es el ordenamiento jurídico que dio el primer paso para el ejercicio de esta acción; el ordenamiento español, dado que éste ha demostrado ser la fuente y base de la legislación chilena y también por ser parte de la tradición continental a la que pertenece Chile; y finalmente el ordenamiento colombiano, dado que, siendo perteneciente también a la tradición continental, guarda estricta similitud con el ordenamiento chileno y al mismo tiempo se ubica en una realidad social y geográfica cercana o similar a la chilena.

A pesar de esta selección, no está de más reiterar que ya es asumido por la mayoría de los Estados el hecho de que la autodeterminación sexual y reproductiva es producto a una

³¹² MACÍA MORILLO (2009) Óp. Cit. p.174.

construcción de la jurisprudencia norteamericana³¹³, y producto de una minuciosa conceptualización del Derecho Internacional que le permitió reconocer a los Estados el carácter de derecho fundamental a la interrupción del embarazo³¹⁴. Conceptualización que se ha visto plasmada en la legislación y jurisprudencia de muchos otros países más allá de los seleccionados.

Así, por ejemplo, Francia promulgó la ley n°303 del año 2002 (mayormente conocida como Ley ‘Anti-Perruche’) que alude no solamente a las problemáticas de interposición de la acción de *wrongful life* tal como se dijo anteriormente en el Capítulo IV, sino que alude directamente a la aplicación de la acción de *wrongful birth* en su artículo 1.I estableciéndose que: “cuando la responsabilidad de un profesional o un centro de salud **se relaciona con los padres de un niño nacido con una discapacidad no detectada** durante el embarazo como resultado de una falta grave, **los padres pueden solicitar una compensación por su lesión solamente**”³¹⁵. Como se ve, se limita explícitamente la legitimación activa de los padres versus la del hijo como lo es en el caso de la acción de *wrongful life*. Así, “en concreto, [se] rechaza las demandas de *wrongful life* y remite la indemnización al niño al sistema de solidaridad nacional (Seguridad Social) y acepta las demandas de *wrongful birth* en reclamación de los daños sufridos por los progenitores, aunque limitando la indemnización a los daños que ellos mismos experimenten”³¹⁶.

El reconocimiento legislativo en este caso es explícito, el cual claramente se fundamenta en una aplicación jurisprudencial previa. El reconocimiento legislativo de la acción en Francia también viene aparejado a la ley Veil de 2013 y la resolución n°2630 de la Asamblea Nacional, que reconocen la despenalización de la interrupción del embarazo y el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva respetivamente.

Ahora, tal como existen países que aplican derechamente la acción de *wrongful birth*, hay otros que producto a los alcances de su legislación no pueden. Como ejemplo puede mencionarse Perú, ya que en un caso presentado ante la Sala Civil de la Corte Superior de

³¹³ Relativo a la primera vez que se menciona el derecho al aborto en *Roe v. Wade* (1973).

³¹⁴ Véase la sentencia T-301 de 2016 de la Corte Constitucional de Colombia y la resolución n°2630 de la Asamblea Nacional Francesa el año 2014, que reconocen en los respectivos Estados el carácter de derecho fundamental de la interrupción del embarazo. Ambas fuentes fueron anteriormente citadas. Véase: COLOMBIA. Corte Constitucional. (Sala Cuarta de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-301/16 de 9 de junio de 2016 [consulta: 20 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-301-16.htm>>

³¹⁵ Artículo 1.I. de la ley n°303-2002 de Francia, la traducción es propia y el destacado es propio.

³¹⁶ PACHECO (2011) Óp. Cit. p.14.

Justicia de Tacna se interpone demanda de indemnización de perjuicios contra un profesional médico quien al elaborar la historia clínica de la demandante en donde constan los antecedentes de embarazo, de la enfermedad del feto y su sintomatología, no informó el estado del feto ya a la semana 14 de gestación de éste cuando tenía que realizar la respectiva ecografía del feto y su sintomatología. Diligencia que ya desde 1985 era una práctica científica obligatoria en la prestación médica, siéndole imputable al médico según el punto de vista del demandante la omisión de diagnóstico, junto con el hecho de que en la etapa de diagnóstico el médico demandado no recomendó realizar las pruebas de laboratorio o de investigación respectivas, agregando que el Hospital dentro del cual se trató la demandante no contaba con los equipos auxiliares necesarios para una debida atención³¹⁷.

Con fecha 16 de julio de 2012, se resolvió el caso en primera instancia declarando infundada la demanda en todos sus extremos teniendo como justificación que “la gestante no podría tampoco haber decidido interrumpir dicho embarazo, pues a esa fecha, no estaba legislado el aborto eugenésico, incorporado recién al Código Penal”³¹⁸.

La sentencia apelada fue luego confirmada por la Sala Superior, en donde se destaca en su argumentación un elemento clave: “no existe responsabilidad civil de los demandados, ya que no cumple las condiciones para que sean responsables de la enfermedad que padece Santiago Hermosilla Cusihuaman [el hijo discapacitado], **al no existir conducta contraria a derecho**, ni relación entre la determinación de la causa y las consecuencias dañosas”³¹⁹. Como puede observarse, el tribunal detectó antijuridicidad de la conducta en la penalización del aborto en causal embriopática. Esto implicó que al momento que la parte demandante afirmó que al no realizarse las pruebas correspondientes no habría prestación médica “para así poder **optar** los padres por el aborto eugenésico”³²⁰ pierda sustento, ya que la negligencia

³¹⁷ PERÚ. Corte Superior de Justicia de Tacna (Primera Sala Civil) [en línea], sentencia de expediente 00001-2013-0-2301-SP-CI-01 de 12 de julio de 2013 [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <<https://cej.pj.gob.pe>>

³¹⁸ Citando la sentencia, GARCÍA HUAYAMA, J.C. 2014. Para amparar las acciones de wrongful birth es necesario que el aborto eugenésico se encuentre permitido por el ordenamiento jurídico. [en línea] *Revista Derecho y Cambio Social*, vol. 35 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5472560.pdf>> [consulta: 16 de septiembre de 2018], p.3. El autor adicionalmente afirma que existe un error en la última frase de lo citado, en donde actualmente el Código Penal admite el aborto en causal embriopática, cuestión que no es cierta ya que, como se verá, el Código Penal peruano aun penaliza la interrupción del embarazo en esta causal: “el análisis de la Sala Civil en cuanto a relación de causalidad debió incidir en que no existe vínculo causal entre la conducta del médico y la pérdida de la posibilidad de acudir al aborto eugenésico, dado que éste jamás ha sido admitido lícitamente en nuestro país, por tanto, no se puede alegar vulneración a la autodeterminación reproductiva de los progenitores ni pérdida de oportunidad de recurrir al aborto”. Véase: GARCÍA (2014) Óp. Cit. p.7.

³¹⁹ PERÚ. Corte Superior de Justicia de Tacna (Primera Sala Civil) [en línea], sentencia de expediente 00001-2013-0-2301-SP-CI-01 de 12 de julio de 2013 [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <<https://cej.pj.gob.pe>> El destacado es propio.

³²⁰ *Ibíd.* [en línea] Considerando °6, el destacado es propio.

causó un daño a un 'bien jurídico' cuya tutela se encontraba derechamente penalizada, por tanto, no habría legitimidad en el daño identificado por la demandante. Esto se corrobora por la doctrina al interpretar la pretensión de la demandante afirmando que “éste [el daño] trata de ser identificado con otros intereses o derechos de los progenitores que fueron lesionados debido al comportamiento del profesional sanitario”³²¹.

La problemática en este caso fue analizada por la doctrina civil del país estableciendo que no habiendo a la fecha de realizada la prestación médica reconocimiento del aborto en causal embriopática (o eugenésica como parte de la doctrina prefiere mencionar), no podría haber daño legítimo que hiciera procedente la acción de *wrongful birth*³²². Así MACÍA MORILLO (2009) (cita en GARCÍA, 2014) estableció que habiendo aborto embriopático penalizado se concluiría que “el hecho de que existieran defectos o malformaciones en la descendencia futura no permitiría a los progenitores decidir acerca del ejercicio de la facultad de aborto, por lo que el error en el diagnóstico sobre estos extremos no produciría una privación de esta facultad de interrupción del embarazo (...)”³²³.

Actualmente el Código Penal peruano establece en su artículo 119³²⁴ que la interrupción del embarazo se encuentra despenalizada sólo en causal terapéutica, y el actual artículo 120³²⁵, en vez de despenalizar por causales criminológica o embriopática, las penaliza derechamente negando el acceso a tal prestación médica en estas causales. Esto significa que derechamente, inclusive hasta la actualidad, en caso de interponerse una demanda de *wrongful birth* ante la judicatura peruana, el razonamiento del tribunal sería el mismo que aplicó en la causa recién citada. Esto significaría que el daño en la correspondiente acción se encuentra justificado en una conducta que es expresamente antijurídica. Así, “estando proscrita la posibilidad de abortar debido a taras físicas y/o mentales del feto, la madre en

³²¹ GARCÍA (2014) Óp. Cit. p.7.

³²² *Ibíd.* p.6.

³²³ MACÍA (2009) Óp. Cit. p.172.

³²⁴ Artículo 119. No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

³²⁵ Artículo 120. El aborto **será reprimido** con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o 2. **Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.** El destacado es propio.

ningún caso va a ser privada de elegir entre continuar con el embarazo o no, puesto que en el ordenamiento jurídico peruano dicha facultad simplemente no existe³²⁶.

Adicionalmente consta mencionar que, si bien en la Constitución peruana no ha existido reconocimiento explícito en la autodeterminación sexual y reproductiva³²⁷, de todas maneras ha existido legislación en la materia relativa a las garantías sexuales y reproductivas (no necesariamente de autonomía) en Perú, como La Ley 28.983 de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de 16 de marzo del 2007³²⁸ y los proyectos de ley 1062/2006-CR de Salud Sexual y Salud Reproductiva y 00637/2006-CR que propone modificar el artículo 21 de la Ley N° 27.337 ,Código de los Niños y Adolescentes, referente a que los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años pueden acceder a información, orientación y servicios de salud sexual y reproductiva. A pesar de estos intentos, estos proyectos fueron encarpetados en las comisiones en donde se tenían que discutir y aprobar³²⁹.

Resulta relevante mencionar que al año 2005, las normas administrativas en Perú como la normativa técnica de planificación familiar (Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA del 28 de julio del 2005) y el Plan de Oportunidades entre mujeres y varones 2006-2010 que fue aprobado por D.S.009-2005-MIMDES, del 12 de septiembre de 2005, regulaban directamente el derecho decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo. Disposición legal que sí puede consagrar la existencia de un derecho de autodeterminación sexual y reproductiva relacionado a la interrupción legal del embarazo³³⁰. Sin perjuicio de esto, estos programas y normativas técnicas fueron modificadas al periodo 2012-2017 en donde se

³²⁶ GARCÍA (2014) Óp. Cit. p.11.

³²⁷ LLAJA VILLENA, J y ARANDA, W y ESCRIBENS, P. 2010. *Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos en el Perú: Informe para el cumplimiento de la CEDAW*. Lima, AECI Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y Agencia Española par Cooperación Internacional y Desarrollo.p.8.

³²⁸ Esta ley, en su artículo 6 inciso i) habla explícitamente que es obligación del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y locales de adoptar políticas, planes y programas para garantizar el derecho a la salud, “con especial énfasis en la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente, y en particular el derecho a la maternidad segura”. Véase: PERÚ. Ley 28983, de 16 de marzo, de igualdad de oportunidades entre oportunidades entre mujeres y hombres. *Diario Oficial “El Peruano”*, 16 de marzo de 2007, pp. 341606-341608.

³²⁹ LLAJA, ARANDA, ESCRIBENS (2010) Óp. Cit. p.8.

³³⁰ En la norma técnica sobre planificación familiar se establecía que “Toda persona tiene derecho a: (...) A decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”. Mientras que el plan conceptualizaba y determinaba el alcance de derechos sexuales reproductivos al establecer que éstos “Garantizan que todas las personas, mujeres y varones, puedan vivir libres de discriminación, riesgos, amenazas, presiones y violencia en el campo de la sexualidad y la reproducción. **Implica el derecho a decidir cuántos hijos tener y el espaciamiento entre ellos, a controlar el comportamiento sexual según la propia forma de ser, y a estar informados para protegerse de enfermedades que interfieran con sus funciones sexuales y reproductivas**”. El destacado es propio.

expresa que, si bien existen derechos sexuales y reproductivos en la planificación familiar, de todas formas “el aborto no es considerado como un método de planificación familiar”³³¹, no siendo claro entonces si el reconocimiento de derechos sexuales y reproductivos alcanzan a la autodeterminación sexual y reproductiva en el contexto de la interrupción del embarazo.

Sin perjuicio de esta imprecisión legislativa, se planteó por la doctrina que en el periodo 2006 a 2010 existió un derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva en Perú, sin embargo se aclaró que este derecho sólo se podría ejercer dentro de hipótesis no antijurídicas, siendo la única de ellas, hasta hoy, la causal terapéutica³³².

Es por esto que, sea por la normativa anterior o modificada, la respuesta ante la pregunta sobre si es posible interponerse una acción de *wrongful birth* en Perú sigue siendo negativa, dado que en la legislación peruana sigue existiendo penalización de la causal embriopática.

Lo que se quiere evidenciar en esta breve exposición de países fuera de la selección mencionada es demostrar lo indispensable que es tener un ordenamiento jurídico con un razonamiento coherente, porque dependiendo de cómo se fundamenta la despenalización de la interrupción del embarazo es donde se va a definir si en un eventual caso de *wrongful birth* (como casos similares al caso *Perruche*³³³ en Francia o el presentado ante la primera sala de la Corte Superior del Perú) será procedente o no.

Ahora, frente a la evidencia que fuera de la selección de los ordenamientos antes seleccionados aún se reproduce el mismo razonamiento presentado en capítulos anteriores, es necesario proceder al análisis de casos jurisprudenciales de los ordenamientos estadounidense, español y colombiano.

V.1.a. Estados Unidos.

Ya fue expuesto previamente que en Estados Unidos se reconoce el derecho a la interrupción del embarazo desde 1973, cuando se dio paso al precedente establecido en *Roe v. Wade*. Además de esto se hizo precisión del mismo derecho a la interrupción del embarazo

³³¹ Norma técnica de Planificación Familiar del Ministerio de Salud. Aprobada por Resolución Ministerial n°536/2017MINSA. Biblioteca Nacional del Perú N° 2017-12663. Publicado el 10 de julio de 2017. p,30. Versión digital disponible en : <http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/4191.pdf>

³³² LLAJA, ARANDA, ESCRIBENS (2010), p.28.

³³³ No debe olvidarse que en el caso *Perruche* se interpusieron dos acciones: una en nombre de los padres (*wrongful birth*) y una en nombre del hijo discapacitado (*wrongful life*).

en los casos *Doe v. Bolton* (1973), *Maher v. Roe* (1977), *Belloti v. Braid* (1979), y *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992).

En Estados Unidos se reconoce derechamente la autodeterminación sexual y reproductiva bajo una legislación basada en un sistema de plazos, distribuido en tres trimestres donde prima como regla general la autodeterminación plena de la mujer. Sin embargo, es a través de este sistema de trimestres en donde la legislación de cada Estado puede limitar los alcances de este derecho.

En el primer trimestre la legislación no puede establecer limitación (salvo el criterio del médico tratante de la mujer), en el segundo, la legislación puede regular la interrupción del embarazo con expresión de causal en protección de la salud de la mujer (salud entendida en un sentido amplio desde *Doe v. Bolton*), y en el tercero se podría limitar el acceso a la interrupción del embarazo siempre y cuando no se afecte la protección de la salud de la mujer y exista un interés compulsivo (criterio de precisión conceptual agregado en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*) para limitar el aborto, justificación que se genera bajo la ponderación de derechos de la mujer y bienes jurídicos en protección del feto, tal como se resolvió en los casos *Maher v. Roe* y *Belloti v. Braid*.

No está demás mencionar que han existido exhaustivos intentos por parte de la jurisprudencia –tal como se ha podido evidenciar del párrafo anterior- en unificar el estatuto legislativo en relación a la interrupción del embarazo y la consecuencial aplicación de la acción de *wrongful birth* en Estados Unidos, atendiendo a la persistente presión de muchos Estados al dar vigencia a legislaciones que se contradicen derechamente al precedente de *Roe v. Wade*. A pesar de que se evidencia en la jurisprudencia norteamericana la intención erradicar esta situación, ya a inicios del siglo XXI persiste el problema de esta resistencia legislativa que evidencia una particular ironía en el sistema estadounidense en donde, a pesar de los intentos exhaustivos por la jurisprudencia de permitir la acción de *wrongful birth*, es impedida y limitada por la variada legislación en la materia que no sólo busca limitar el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, sino que también busca limitar o prohibir derechamente el acceso a la acción de *wrongful birth* en el país³³⁴.

³³⁴ A pesar del reconocimiento previo en la autonomía de decisión en el área de libertad reproductiva, y su uso como base para encontrar un derecho a la autonomía en otros contextos, irónicamente es en el área de la libertad reproductiva en donde la ley ha invadido más. Por ejemplo, la regulación de aborto y los estatutos de *wrongful birth* construyen una categoría de un derecho más amplio de la autonomía de decisión. Esta excepción sólo afecta a las mujeres porque sólo las mujeres quedan embarazadas y poseen el derecho al aborto. El derecho, sin embargo, es

Sin perjuicio a los obstáculos anteriormente mencionados, es una realidad que en Estados Unidos se aplique transversalmente la acción de *wrongful birth* desde la segunda mitad del siglo XX, dando paso a dos elementos clave para prever la procedencia de la acción: el reconocimiento del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva y la despenalización o legalización del aborto. Sin este reconocimiento la posibilidad de que la acción prospere en casi nula. Así sucedió en el primer caso relacionado al nacimiento injusto, *Gleitman v. Cosgrove* (1967)³³⁵, donde se negaron las demandas interpuestas por los padres y el hijo contra el médico solicitando indemnización por el hecho del nacimiento del menor, el cual se vio afectado por diversas malformaciones producto de la rubeola contraída por su madre durante el embarazo, enfermedad que el profesional médico informó de que no tendría consecuencias sobre el feto. La Corte de Nueva Jersey en ese entonces rechazó la demanda sobre “argumentos de orden público e imposibilidad de identificar la existencia de un daño frente a la preciosidad de la vida”³³⁶.

Como se puede ver en este caso, el daño se encuentra fundamentado en la vida como daño y no en una conceptualización ética menos cuestionable como lo es el reconocimiento del derecho de autodeterminación sexual y reproductiva (que en Estados Unidos se le reconoce derechamente como el derecho al aborto o interrupción del embarazo). La posibilidad de fundamentar el daño bajo esta otra perspectiva ética constitucional no era posible, dado que aún no se reconocía el derecho a abortar ni tampoco se establecía un aparato homogéneo de despenalización de la interrupción del embarazo. Es necesario recordar que el caso *Roe v. Wade* obtuvo sentencia el año 1973 y el caso antes mencionado es de 1968.

Es entonces claro que desde 1973 en adelante se dio paso al reconocimiento del daño como limitación a la facultad de abortar cuando existe manifiesta negligencia médica. Esto se evidencia, por ejemplo, en el caso *Jacobs v. Theimer*³³⁷ en donde se admitió la

un componente de un derecho más extenso al ser libre de atención médica sin consentimiento, y para determinar qué debe hacerse con el propio cuerpo (...) Históricamente, a las mujeres se les ha negado información sobre la salud por doctores que asumen la capacidad de la mujer de tomar decisiones racionales y entender información médica compleja. Gran parte del derecho y la filosofía en esta área fuerza el rol estereotípico de criadoras de niños y mujeres. Véase: GOLD, S. 1996. An equality approach to wrongful birth statutes. [en línea] *Fordham Law Review* 65(3): <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss3/5>> [consulta: 15 octubre 2018], pp.1006-1007.

³³⁵ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Nueva Jersey [en línea], sentencia caso “*Gleitman v. Cosgrove*”, núm. U.S. Report 227 A.2d 689 de 6 de marzo de 1967 [consulta: 15 octubre 2018]. Disponible en: <<https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>>

³³⁶ PACHECO JIMÉNEZ (2011) Óp. Cit. p.6.

³³⁷ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Texas [en línea], sentencia caso “*Jacobs v. Theimer*”, núm. U.S. Report 519 S.W.2d 846. Court num. B-4583 de 19 de febrero de 1975 [consulta: 16 octubre 2018]. Disponible en: <<https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1975/b-4583-0.html>>

indemnización³³⁸ de perjuicios debido la limitación del derecho abortar (citándose en la sentencia el precedente de *Roe v. Wade*) a partir del nacimiento de un hijo con defectos congénitos atendiendo al hecho de que la madre contrajo rubeola en el primer mes de embarazo y el médico no lo diagnosticó correctamente.

Este criterio continuó aplicándose en el caso *Gallagher v. Duke University*³³⁹ en donde la Corte del distrito federal de California del Norte confirió indemnización en juicio sumario a padres que alegaron negligencia en asesoramiento general preconceptivo. La reclamación de los padres nació debido a que el primer hijo de éstos nació con múltiples defectos de nacimiento, su sangre fue sometida a análisis sanguíneo y en el reporte se les informó erróneamente a los padres que el segundo hijo que esperaban no tenía malformaciones genéticas. En un inicio los trabajadores de la demandada afirmaron a los padres que “la posibilidad que ellos tenían para tener hijos en condiciones normales eran las mismas que las de otras familias del general de la población”³⁴⁰. Sin embargo, la mujer queda embarazada y tiene una hija, fuente de la acción, quien nació con múltiples malformaciones al nacer. Análisis posteriores revelaron anormalidad cromosómica. La re-examinación de los antecedentes obtenidos del primer hijo, ahora fallecido, detectaron la misma anormalidad cromosómica encontradas en los análisis posteriores de la hija y, además, por medio de exámenes realizados a los padres, se rebela que el padre era portador de anormalidades genéticas que fueron heredadas a su hija.

La Corte, sin embargo – y esto es bien ilustrativo y coherente a lo planteado en el Capítulo IV – a pesar de conceder la acción de *wrongful birth*, no concedió la acción de *wrongful life* interpuesta por los padres en nombre de la hija afectada en atención a que la hija no había nacido al momento de producirse la negligencia, es decir, en el momento de la asesoría prestada en la preconcepción de ésta³⁴¹.

Otro elemento ilustrativo de esta sentencia corresponde al momento en que la Corte no encontró algún caso en donde se establezca un precedente que, ante negligencia en el ámbito

³³⁸ PACHECO JIMÉNEZ (2011) Óp. Cit. p.6.

³³⁹ ESTADOS UNIDOS. Corte de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Medio de Carolina del Norte [en línea], sentencia caso “*Gallagher v. Duke University*”, núm. U.S. Report 638 F. Supp. 979. Court num. C-84-535-D de 30 de junio de 1986 [consulta: 16 octubre 2018]. Disponible en: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/638/979/1490438/>>

³⁴⁰ AMERICAN HEALTH LAWYERS ASSOCIATION. 1986. Wrongful birth: wrongful birth action based on negligent genetic counseling. *Journal of Health* 19(8): p.7. La traducción es propia.

³⁴¹ *Ibíd.* p.7.

de la preconcepción, el hecho del nacimiento del menor de paso a un derecho a la indemnización. Sin embargo “la Corte determinó que las acciones de ‘*wrongful birth*’ y ‘*wrongful life*’ se encontraban implícitas en el derecho constitucional de una pareja, particularmente la mujer, para planificar la familia”³⁴². La Corte también notó que, ante la legislación estatal, un proveedor del sistema de salud puede ser considerado responsable por realizar negligentemente o al no realizar el procedimiento de control del nacimiento solicitado. Esto significó que en el diagnóstico preconceptivo podría existir negligencia médica que impidió ejercer el derecho a la interrupción del embarazo, pero dependiendo del titular se determinará la procedencia de indemnización siendo coherente con el problema ético visto en el capítulo anterior.

Ante esto consta mencionar un caso ilustrativo ocupado en gran parte de esta investigación: *Keel v. Banach* (1993)³⁴³ fue un caso que trató no sólo sobre la identificación del daño con el derecho de abortar, sino que también respondió al escepticismo ético presentado ante la concepción de la vida como daño, distinguiendo la vida como daño versus la vida discapacitada como un daño³⁴⁴.

El caso consistió en una mujer sometida a su primer control prenatal con su médico. Es la mujer quien informa en esta etapa de control que su esposo había engendrado a un niño fallecido con anencefalia. Ante esto, el médico no realizó la debida amniocentesis, si no que realizó dos ecografías a la demandante, y es sólo a partir de las ecografías en donde concluye que el feto se desarrolla normalmente.

La demanda alude a que la negligencia surge ante la falta del médico tratante en cumplir el estándar exigible del cuidado prenatal, teniendo en cuenta que debía en cambio investigar más a fondo los hallazgos ya alarmantes o al menos indiciarios derivados de estas dos ecografías y realizar la debida amniocentesis y así instar “al ejercicio de su [de la demandante] derecho constitucional para terminar el aborto”³⁴⁵. En primera instancia se deniega la

³⁴² *Ibid.* p.7.

³⁴³ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Alabama [en línea], sentencia caso “*Keel v. Banach*”, núm. U.S. Report 624 So. 2d 1022. Docket num.1920471 de 16 de julio de 1993 [consulta: 17 octubre 2018]. Disponible en: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1113758/keel-v-banach/>>

³⁴⁴ Esta sentencia fue citada en el capítulo IV para aludir en el mismo problema, pero será ahora analizado en profundidad.

³⁴⁵ KIMBLE (1994) Óp. Cit. p.87. La traducción es propia.

demanda, en atención a que “el Estado [de Alabama] no reconocía la acción por nacimiento injusto [*wrongful birth*]”³⁴⁶.

Los padres apelaron. La Corte en esta etapa examinó la legislación de otras jurisdicciones y concluyó que existe en ellas pleno reconocimiento de la acción de *wrongful birth*. Adicionalmente la Corte estableció un razonamiento esclarecedor “otra razón por la que las cortes fueron reacias a reconocer la acción de *wrongful birth* fue que el remedio post-conceptivo – aborto – era ilegal. Ese razonamiento ya no es válido después de *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147), el cual **reafirmó el derecho constitucional a la mujer de someterse a un aborto** durante los tres semestres de embarazo”³⁴⁷.

Así, La Corte Suprema de Alabama en este caso afirmó que, por más que no existiese una regulación estatal admitiendo el estatuto de *wrongful birth* existe una regulación implícita en el reconocimiento al derecho constitucional a abortar establecido desde *Roe v. Wade* (1973). Pero esta Corte no sólo resolvió el problema relativo a causalidad y legitimidad del daño propios de esta acción, sino que también decidió aludir a la antigua concepción sobre que el *wrongful birth* consistía vida como daño y por tal connotación ética no debía proceder. Como se había mencionado anteriormente se afirmó entonces que “algunas cortes consideran que el gozo y beneficio de tener cualquier hijo, inclusive un hijo discapacitado, debería negar toda indemnización de daños”³⁴⁸. Es ante estos razonamientos en donde la Corte Suprema de Alabama cita a la Corte Suprema de Georgia –cita que también fue referida para objeto del desarrollo del capítulo anterior - que en el caso *Atlanta Obstetrics & Gynecology Group v. Abelson* (1990) estableció: “debemos notar inclusive considerar la teoría que la alegría de la paternidad debería descartar daños ¿Podría alguien en su sano juicio sugerir que donde hay un feto sano herido durante el parto deberían descartar los daños? No hay mayor alegría en un feto anormal llegando a su desarrollo completo que un feto normal permanente herido en el parto [refiriéndose a las acciones de lesión en parto]. Ambas son condiciones angustiosas que requieren más fuentes financieras y psicológicas que aquellos que se ven bendecidos con

³⁴⁶ MM, T.R. 1994. Casenotes; wrongful birth: Alabama recognizes wrongful birth cause of action. *Journal of Health Law* 7(2): p.64.

³⁴⁷ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Alabama [en línea], sentencia caso “*Keel v. Banach*”, núm. U.S. Report 624 So. 2d 1022. Docket num.1920471 de 16 de julio de 1993 [consulta: 17 octubre 2018]. Disponible en: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1113758/keel-v-banach/>> La traducción es propia y el destacado es propio.

³⁴⁸ KIMBLE (1994) Óp. Cit. p.88.

hijos normales siquiera pueden imaginarse”³⁴⁹. Es producto a estas razones en que la Corte Suprema de Alabama acogió la apelación y en consecuencia admitió la demanda, estableció que los daños indemnizados serían, en caso de ser probados, “todo gasto médico o hospitalario incurrido como resultado de la negligencia del profesional médico; daño físico sufrido la mujer; pérdida de consorcio [seguro]; y la angustia mental y emocional sufridas por los demandantes”³⁵⁰.

Si bien estos casos fueron enigmáticos a fines del siglo XX, se hace necesario verificar si esta jurisprudencia prevaleció en Estados Unidos años después.

Así se hace necesario hacer referencia al caso *Kristi Foote v. Albany Medical Center Hospital* (2011)³⁵¹ considerablemente ilustrativo en lo relativo a la amplitud de las partidas indemnizatorias consideradas en la acción de *wrongful birth*. En este caso, los padres de un niño discapacitado demandaron por *wrongful birth* a varios proveedores del servicio de salud por negligencia médica en donde se alega que la entidad demandada no detectó y/o informó a los demandantes los defectos del feto, hecho que les impidió interrumpir el embarazo. El hijo de los demandantes nació con el *Síndrome de Joubert*³⁵² que generó graves malformaciones en el desarrollo y función cerebral del menor.

La entidad demandada planteó que la acción no debiese prosperar “como una cuestión de ley porque existen ciertos programas gubernamentales [del Estado de Nueva York] que cubren los costos extraordinarios de cuidado de un niño severamente discapacitado”³⁵³.

Sin perjuicio de que era cierto que la legislación anteriormente mencionada cubría una serie de gastos por la crianza del menor discapacitado, la Corte Suprema de Nueva York, frente a una solicitud de una Corte de menor grado, permitió a los demandantes proceder con la

³⁴⁹ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Alabama [en línea], sentencia caso “*Keel v. Banach*”, núm. U.S. Report 624 So. 2d 1022. Docket num.1920471 de 16 de julio de 1993 [consulta: 17 octubre 2018]. Disponible en: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1113758/keel-v-banach/>>. La traducción es propia.

³⁵⁰ M.M, T.R (1994) Óp. Cit. p.64.

³⁵¹ ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York [en línea], sentencia caso “*Foote v. Albany Med. Ctr. Hosp.*”, núm. U.S. Report 16 N.Y.3d 211 de 15 de febrero de 2011 [consulta: 2 mayo 2018]. Disponible en: <<https://casetext.com/case/foote-v-albany-med-1>>

³⁵² El síndrome de Joubert es una rara anomalía de carácter genético que puede ser confundida con otras afecciones mentales, como el autismo. Aparece por la ausencia o el bajo grado de desarrollo del vermis del cerebelo (en este caso, los cilios de la membrana plasmática de sus células, que mueven el líquido cefálico) debido a factores de carácter genético, por lo que se le ha atribuido a esta afección la categoría de enfermedad genética.

³⁵³ MURPHY, P. 2011. *New York Court of Appeals says parents can sue for wrongful birth* [en línea] <<http://lawyersusaonline.com/blog/2011/02/21/parents-can-sue-for-wrongful-birth/>> [consulta: 14 febrero 2019]. La traducción es propia.

demanda en función del testimonio que indicó que los programas gubernamentales objeto de la consulta realizada por la Corte de menor grado sólo cubría un “mínimo nivel de cuidado”³⁵⁴. Esto deja en evidencia la precisión doctrinaria de ampliar la indemnización no sólo a partir del sobre costo de cuidado del menor discapacitado, sino que la vulneración al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y al sufrimiento físico y psicológico causado producto al nacimiento de un hijo discapacitado.

Así, en atención a este breve análisis del ordenamiento estadounidense se extrae un razonamiento coherente en donde se reconoce explícitamente y por vía jurisprudencial el derecho a la interrupción del embarazo, fundamento necesario junto a la admisión de hipótesis de despenalización para dar paso a la admisión a las primera acciones de *wrongful birth* que se tiene registro en la segunda mitad del siglo XX. Aquí fue donde se extrajeron fundamentos que intentaron evidenciar la justificación del daño legítimo en la vulneración a un derecho fundamental y la dependencia que tiene con el precedente establecido en *Roe v. Wade*; el desarrollo de la afirmación de que vida como daño no es el fundamento del *wrongful birth*, sino que la vida discapacitada como daño; y en último lugar, establecer brevemente la necesidad de cubrir un monto definido con múltiples partidas indemnizatorias que cumplan con el principio de reparación integral del daño en estos casos, directamente relacionados al reconocimiento al derecho a abortar en Estados Unidos.

Ahora, saliendo del análisis del ordenamiento que dio nacimiento a la acción de *wrongful birth*, se analizarán países de la tradición continental para observar qué amplitud y de qué manera aplican la referida acción.

V.1.b. España

El derecho de autodeterminación sexual y reproductiva en España comenzó el año 1985, cuando la sentencia STC 53/1985 de 11 de abril de 1985 precisó los alcances de la dignidad humana en el contexto de acceso a la salud y en la interrupción del embarazo. Primero, el Tribunal afirma que la Constitución española “ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el derecho de la libre personalidad (artículo 10) (...) [y] se

³⁵⁴ ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York [en línea], sentencia caso “*Foote v. Albany Med. Ctr. Hosp.*”, núm. U.S. Report 16 N.Y.3d 211 de 15 de febrero de 2011 [consulta: 2 mayo 2018]. Disponible en: <<https://casetext.com/case/foote-v-albany-med-1>>. La traducción es propia.

manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida³⁵⁵, reconduciendo la dignidad a la situación de los padres, acercándose al alcance de la autodeterminación como garantía de acceso. Para esta judicatura “la afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva³⁵⁶”.

A pesar de esta preocupación del Tribunal Constitucional, no existiría un reconocimiento explícito al derecho a la interrupción del embarazo, sino que al año 2010 en donde - como ya se había mencionado previamente - entra en vigencia la Ley Orgánica 2/2010 que en su artículo 3³⁵⁷ reconoce el derecho a la libertad sexual y reproductiva como poder de decisión, pero no como autonomía plena, tal como lo establecía la doctrina (véase Capítulo III), sino como garantía de acceso, tal como lo precisa explícitamente el artículo 4 de la misma ley³⁵⁸.

En lo relativo al tratamiento que el derecho penal español da a la interrupción al embarazo, se regula en el artículo 144 del Código Penal español el delito de aborto producido por un tercero sin consentimiento de la mujer³⁵⁹, y en el artículo 145 del mismo código se regula el delito de aborto con consentimiento de la mujer³⁶⁰.

³⁵⁵ ESPAÑA. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea], sentencia núm. 53/1985 de 11 de abril [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433#complete_resolucion&completa> Considerando °8.

³⁵⁶ *Ibíd.* [en línea] Considerando °11.

³⁵⁷ Artículo 3. Principios y ámbito de aplicación. 1. En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes. 2. Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida. 3. Nadie será discriminado en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley por motivos de origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, sexo, discapacidad, orientación sexual, edad, estado civil, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. 4. Los poderes públicos, de conformidad con sus respectivas competencias, llevarán a cabo las prestaciones y demás obligaciones que establece la presente Ley en garantía de la salud sexual y reproductiva.

³⁵⁸ Artículo 4. Garantía de igualdad en el acceso. El Estado, en el ejercicio de sus competencias de Alta Inspección, velará por que se garantice la igualdad en el acceso a las prestaciones y servicios establecidos por el Sistema Nacional de Salud que inciden en el ámbito de aplicación de esta Ley.

³⁵⁹ Artículo 144. El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

³⁶⁰ Artículo 145.

1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión

Actualmente la Ley Orgánica 2/2010 regula la despenalización de la interrupción del embarazo en un sistema mixto: el artículo 14³⁶¹ establece que podrá interrumpirse el embarazo sin necesidad de invocar causal (es decir, a petición) dentro de las primeras 14 semanas de gestación, mientras que el artículo 15³⁶² permite la interrupción del embarazo hasta la semana 22 en un sistema de causales, teniendo entre ellas la causal embriopática.

España aplica por primera vez – y tardíamente en comparación al resto de los Estados del continente europeo – la acción de *wrongful birth* a mediados de los noventa³⁶³ en sentencia STS 3999/1997 en donde una mujer gestante, ante el contexto proveniente de un diagnóstico de alto riesgo, tanto para la madre como para el feto, acude al Hospital en donde el médico ordena la realización de una amniocentesis. La prueba en este caso fracasó, conociéndose el resultado en 7 de julio de 1989, sin que se le notificara a la paciente tal evento hasta septiembre del mismo año, a pesar de que la gestante recurrente ante el Tribunal Supremo haya manifestado que el 14 de julio su interés de conocer el resultado, sin habersele notificado.

Lo relevante de este caso surgió en el hecho de que la paciente conoció el fracaso de las pruebas en un momento donde ya no era posible interrumpir voluntariamente su embarazo ya

sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

³⁶¹ 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.

³⁶² 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.

³⁶³ MACÍA MORILLO (2009) Óp. Cit. p.178.

que había transcurrido el plazo para estar dentro del marco legal para aquello. El hijo nace con Syndrome de Down.

El Juzgado de Primera Instancia de Valencia desestimó la demanda, la Audiencia provincial de Valencia confirmó la sentencia, pero el Tribunal Supremo acogió parcialmente el recurso y condenó al Servicio Valenciano de Salud y a la doctora sustituta a pagar solidariamente 50 millones de pesetas (que actualmente equivalen a 300.000 Euros y a \$ 229.494.961 Pesos chilenos) en concepto de daños materiales y morales.

El Tribunal Supremo analiza un punto importante en la identificación causal del daño y en el elemento que le da legitimidad, establece que “si la misma [gestante] hubiera sabido con el suficiente tiempo, el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite de tiempo legal, hubiera actuado en consecuencia y **dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional**, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo”³⁶⁴. Se destaca la doctrina del Tribunal Constitucional ya que es en atención de éste en donde existía el fundamento implícito relacionado a la facultad de abortar, al menos antes de la Ley Orgánica 2/2010.

Es desde este caso en donde el número de casos de *wrongful birth* en España ha crecido en forma exponencial en los últimos años³⁶⁵. Se puede destacar en un número variado de sentencias como la sentencia STS 5536/2008 en donde la gestante acude al servicio de genética del Hospital de Basurto para la realización de un diagnóstico prenatal y detectar si el feto pudiera estar afectado por síndrome de Down, para que, si así fuera, ella pudiera interrumpir la gestación.

El médico tratante no realizó todas las pruebas para detectar las eventuales malformaciones congénitas que fueron manifestadas en la preocupación de su paciente. El profesional médico extrae la conclusión de que se está en presencia de un embarazo de aparente normalidad. Sin embargo, a la vista del primer síntoma de anormalidad se prescribe la realización urgente de pruebas diagnósticas que no son conocidas por el médico hasta pasado el plazo para practicar la interrupción del embarazo no punible. Producto a esto la

³⁶⁴ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 3999/1997 de 6 de junio [consulta: 24 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2942400&links=responsabilidad%20medica&optimize=20031203&publicinterface=true>>. El destacado es propio.

³⁶⁵ MACÍA MORILLO (2009) Óp. Cit. p.178.

gestante se vio forzada a dar a luz a su hijo José, afectado por mielomeningocele (espina bífida³⁶⁶) e hidrocefalia con derivación ventriculopleural³⁶⁷.

Se evidencia en la sentencia que “no fue adecuada la toma de decisiones clínicas basada en un diagnóstico previo y ello impidió adoptar el tratamiento adaptado a la evolución de la paciente dentro de esas pautas (...) el Doctor siguió todo el protocolo y que tras recibir la ecografía morfológica que el perito entiende como insuficiente, el Doctor se remitió a la misma considerando que era normal, lo cual pudo motivar error en el Doctor que lo analizaba”³⁶⁸, identificando así negligencia médica. En este aspecto el Tribunal declara que cumplir con la formalidad del criterio protocolar y las técnicas previstas al caso no constituyen por sí solas una conducta médica diligente, sino “la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo a con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias”³⁶⁹. Se establece que la conducta diligente médica derivaría de la realización de una ecografía morfológica dentro del periodo para la interrupción del embarazo, y en el caso la realización de ésta era predecible ya que la gestante presentaba en sus inicios datos patológicos que requerían particular control y aconsejaba una serie de pruebas para descartar alteraciones cromosómicas y morfológicas.

En lo relativo a causalidad y daño, el Tribunal Supremo declara que es lógico establecer una relación de causalidad directa e identificación de negligencia en la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas vulnerando “el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para que, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto vida, como es la opción de interrumpir el embarazo”³⁷⁰.

³⁶⁶ Defecto de nacimiento en el cual la médula espinal de un bebé no se desarrolla correctamente.

³⁶⁷ La derivación ventriculoatrial y la ventriculopleural (DVP) son métodos alternativos a la derivación ventriculoperitoneal para el drenaje del líquido cefalorraquídeo (LCR) en pacientes con hidrocefalia, patología en donde se acumula una cantidad excesiva de líquido cefalorraquídeo en el cerebro y puede causar daños permanentes en el cerebro, provocando también problemas con el desarrollo físico y mental. Cuando no se trata, suele ser mortal.

³⁶⁸ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 5536/2008 de 24 de octubre [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3341759&links=%221894/2003%22&optimize=20081113&publicinterface=true> Considerando °2.

³⁶⁹ *Ibíd.* [en línea] Considerando °2.

³⁷⁰ *Ibíd.* [en línea] Considerando °2.

Como se ve, el daño en este caso se identificó debidamente con el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer embarazada y además el Tribunal Supremo la vinculó con “los efectos que dicha privación conlleva”³⁷¹ derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de un hijo afectado por un mal irremediable –previstos en la partida de daño moral- y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales –daños patrimoniales -.

Se puede observar que, en ambos casos, inclusive antes de la Ley Orgánica 2/2010, procedía indemnización de perjuicios derivadas a la vulneración de la facultad de abortar, sea llamada ‘doctrina del Tribunal Constitucional’ o ‘derecho de información y decisión de la mujer’.

No es entonces difícil evidenciar que a la vigencia de la Ley 2/2010 la argumentación del Tribunal Supremo sería más clara y explícita como lo evidencian las sentencias STS 6363/2010, STS 1136/2013 que se expondrán a continuación.

En la sentencia STS 6363/2010 se resuelve el caso de los demandantes Narciso y María Cristina contra el demandado médico especialista en ginecología y obstetricia solicitando también responsabilidad solidaria de la aseguradora de prestación de servicio médico. La demanda es en atención al nacimiento de Eugenia, hija de los demandantes, que sufrió de focomelia³⁷² por ausencia de ambas manos y dos terceras partes de los antebrazos. La negligencia médica se identifica en el hecho de que ante la realización de ecografías morfológicas realizadas en las semanas 18 y 22 del embarazo, no se advirtió del dato que daba cuenta de la existencia de la patología ante el evidente acortamiento de las extremidades superiores del feto, tomando en cuenta que en ese momento se estaba dentro de la posibilidad de interrumpir el embarazo por causal embriopática y la mujer debidamente manifestó su voluntad de interrumpir el embarazo en caso de presentar complicaciones.

Se detecta por el Tribunal Supremo que existe negligencia médica por infracción de la ‘*lex artis ad hoc*’ determinante de un daño que se ha generado en la esfera de la competencia, conocimiento y control al no haber desplegado toda la diligencia debida de la profesión y

³⁷¹ *Ibid.* [en línea] Considerando °2.

³⁷² La focomelia es una enfermedad que se manifiesta por una malformación de origen teratogénico (defecto congénito durante la gestación) consistente en la ausencia de elementos óseos y musculares en el miembro superior o inferior, quedando reducido a un muñón o prominencia que se implanta a nivel del hombro o de la cintura y que asemeja las aletas de la foca. Puede afectar a un solo miembro o a varios.

exigida por el deber de prudencia inherente a la praxis médica para descartar cualquier comunicación de un 'falso negativo' como fue en este caso.

Se evidencia así por el Tribunal Supremo que “se ha privado a la madre de ejercer su facultad de abortar de forma informada y esta falta de información entronca con la negligencia médica consistente en no haber agotado tod[a]s las posibilidades técnicas y facultativas a su alcance (...) conducta que de haber observado hubiera puesto a la madre en la tesitura de decidir libremente sobre la posibilidad de practicar o no un aborto eugenésico”³⁷³. Esto permite que el Tribunal Supremo no conceda³⁷⁴ recurso de casación interpuesto por los demandados y confirme sentencia de segunda instancia que condena a las demandadas al pago de una indemnización con la cantidad de 739.463,97 Euros (equivalente a \$ 564.646.289 Pesos chilenos aproximadamente) justificados en “la privación de optar por la interrupción del embarazo, nacimiento y vida discapacitada de su hija y gastos a los que los progenitores tendrán que hacer frente para una adecuada atención de la niña nacida con graves malformaciones”³⁷⁵.

Por su parte, la sentencia STS 1136/2013 se basa en el caso de Palmira, madre de Evelyn, quien nació con graves malformaciones – en específico sin ambas manos y antebrazos – que no fueron advertidas durante el periodo de gestación. Se argumenta por la parte demandada que al momento de realizarse la ecografía (1988) los avances de la ciencia no eran suficientes para detectar con exactitud la patología por la cual sufre Evelyn y por eso se cumplió con el deber de información al no poder dar otra pesquiza distinta. Esta argumentación, sin embargo fue desestimada al momento que el Tribunal Supremo resolvió: “una cosa es el margen de error que puedan tener las pruebas ecografías y otra distinta si este caso se incardina en uno de estos supuestos cuando es la propia recurrente [demandada] la que impidió inicialmente que se analizaran los hechos ocurridos mediante la aportación de la historia clínica y de las

³⁷³ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 6363/2010 de 4 de noviembre [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=5804575&links=&optimize=20101223&publicinterface=true> Considerando °8.

³⁷⁴ El recurso no fue concedido en atención que la negligencia se encuentra debidamente por los tribunales de instancia, ya que la negligencia no sólo se verificó en falta de información a la gestante, sino también por no haber practicado pruebas más fidedignas que hubieran servido para confirmar o disipar las dudas que debieron haberle surgido al practicar las ecografías morfológicas.

³⁷⁵ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 6363/2010 de 4 de noviembre [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=5804575&links=&optimize=20101223&publicinterface=true> Considerando °1.

ecografías realizadas por el mismo”³⁷⁶ en las tres últimas ecografías, no evidenciando ninguna actuación dentro del período en que la gestante pudo haber interrumpido el embarazo. Además, la judicatura en este caso establece: “resulta contrario a la lógica, con las circunstancias concurrentes, no visualizar en las tres últimas ecografías (sobre todo en las dos últimas muy próximas al final de la gestación) anomalías físicas como las del presente caso”³⁷⁷.

En lo relativo al daño, la sentencia, reitera el criterio ocupado precedentemente por la jurisprudencia que alude al alcance amplio de la indemnización y la identificación del daño el que “resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva”³⁷⁸ lo que permitió desestimar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, condenando al médico y a la compañía aseguradora demandada la suma de 300.506 Euros (equivalente a \$ 228.804.840 Pesos chilenos aproximadamente) más pago de los intereses por la mora procesal desde la fecha de la sentencia.

Cabe mencionar que, en atención a casos más recientes, se dictó sentencia STS 724/2018 proveniente de un recurso de casación interpuesto por la parte demandante al no presentarse información sobre la malformación de la hija de la demandante ni tampoco por realizarse los exámenes correspondientes. El recurso si bien no prosperó y no se condenó al profesional médico debido a que los protocolos base fueron cumplidos³⁷⁹, no controvertió el criterio jurisprudencial en lo relativo a la identificación del daño ni las partidas indemnizatorias alcanzables.

Por su parte, la jurisprudencia contencioso administrativa no queda atrás de este razonamiento. Si bien ésta guarda ciertas particularidades en comparación a la jurisprudencia

³⁷⁶ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 1136/2013 de 14 de marzo [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6668727&links=&optimize=20130403&publicinterface=true> Considerando °2.

³⁷⁷ *Ibíd.* [en línea] Considerando °5.

³⁷⁸ *Ibíd.* [en línea] Considerando °6.

³⁷⁹ “Si no había una situación de riesgo y si se utilizaron los medios técnicos suficientes para practicar la prueba diagnóstica, la información que se proporcionó a la gestante fue la que procedía en función de su resultado y de las limitaciones técnicas de la exploración ecográfica, de la que había sido informada; no hubo, en suma, error profesional o negligencia alguna de los médicos que le atendieron, necesario para responsabilizarles del daño por el que se les demanda”. Véase: ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 724/2018 de 6 de marzo [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8322052&links=&optimize=20180316&publicinterface=true> Considerando °3.

civil del Tribunal Supremo, la sala tercera del mismo aplica el mismo razonamiento en lo relacionado a la identificación del daño, su fundamento y las partidas indemnizatorias contempladas.

Con la mera intención de ilustrar, se hace necesario hacer referencia a la sentencia STS 5418/2006 en donde se demanda responsabilidad patrimonial por disfuncionalidad de la asistencia pública sanitaria prestada con ocasión del embarazo de la demandante debido a una falta de adecuado control de la gestación que le hubiera permitido prever las anomalías del feto.

En el caso la ecografía de diagnóstico de las malformaciones no se hizo hasta la semana 23 del embarazo cuando pudo hacerse tres semanas antes, que eran idóneas para que hubiese permitido a la actora acogerse al remedio de la interrupción del embarazo por casual embriopática. Es por esto que el factor de imputación de la acción se atribuye a la omisión de diagnóstico dentro del plazo para poder ejercer el derecho a la interrupción del embarazo.

Consta llamar la atención sobre el fallo de primera instancia ya que éste afirma que el retraso del diagnóstico no es imputable al médico por no haber daño efectivo a acreditar al momento que “no considera que el no ejercicio de la facultad de interrupción del embarazo constituya un daño indemnizable y ello por carecer de la cualidad de efectivo, pues es una mera hipótesis que conocida la malformación del feto, los recurrentes hubieran decidido interrumpir la gestación, sin que aporte objetividad y certeza el antecedente de tres abortos previos o el consentimiento para la práctica de la prueba de amniocentesis”³⁸⁰, no dejándose en claro si es que hay una voluntad seria y objetiva de someterse a la interrupción del embarazo, sino un mero interés de diagnóstico y conocimiento.

En un particular razonamiento, el Tribunal Supremo destacó que en la responsabilidad patrimonial de la administración es el Servicio de Salud quien debe acreditar que en el caso de haberse emitido correctamente el diagnóstico y de haberse informado a tiempo de la gestante de la malformación, ésta no habría decidido someterse a la interrupción del embarazo en causal embriopática, invirtiéndose así la carga de la prueba en el factor de imputación de la demandada. Al no probarse con certeza la negativa hipotética de la mujer a no someterse a

³⁸⁰ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª) [en línea], sentencia núm. 5418/2006 de 30 de junio [consulta: 10 agosto 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=TS&reference=703421&links=&optimize=20061011&publicinterface=true>

la interrupción del embarazo, el Tribunal establece “cabe apreciar el nexo causal necesario para apreciar en el caso de autos, la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria”³⁸¹ fundamentando el daño en el hecho de “haber privado a los recurrentes, y en especial a la madre, de una información trascendente para optar por la posibilidad de aborto eugenésico, lesionando su facultad de autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) y el derecho a la información para ejercer sus libres determinaciones (art. 10.1 y 5 y 6 de la Ley General de Sanidad)”³⁸².

Así, como se ha podido evidenciar, tanto la sala de lo civil como de lo contencioso administrativo consideran un elemento común: la identificación del daño en la omisión o error en diagnóstico que vulnera el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, derecho reconocido explícitamente en la jurisprudencia y la legislación española.

V.1.c. Colombia.

Otro de los principales ordenamientos que admiten indemnizaciones relacionadas a la interrupción del embarazo es el colombiano, sistema jurídico que es seleccionado para el análisis atendiendo a su cercanía geográfica, social, y sistémica con Chile.

Ya fue latamente expuesto en capítulos anteriores que Colombia admite el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva desde el año 2006 por medio de la sentencia C-355-06 de la Corte Constitucional. Resolución histórica que reconoció la autodeterminación como libertad en la toma de decisiones de la mujer, entre ellas “libertad reproductiva, la libertad de conciencia, su derecho a la privacidad, etc.”³⁸³ resolviendo al mismo tiempo el examen de ponderación de derechos en juego en el contexto de la interrupción del embarazo concluyendo que “resulta evidente (...) que la vida en cabeza de la mujer, en su calidad de persona humana y beneficiaria de los atributos otorgados por la personalidad jurídica goza de una mayor protección al valor de la vida en cabeza del ser que está por nacer”³⁸⁴. Y para ser aún más explícito el fallo afirma: “Entendida la mujer como un ser libre, tiene también la libertad de decidir sus propios asuntos (libre desarrollo de la personalidad) y uno de esos asuntos es si se reproduce o no; siendo ambas decisiones igualmente jurídicas y respetables (...) se trata

³⁸¹ *Ibíd.* [en línea]

³⁸² *Ibíd.* [en línea]

³⁸³ COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Pleno) [en línea], sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006 [consulta: 17 mayo 2018]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>>

³⁸⁴ *Ibíd.* [en línea]

entonces de conceder la libertad de manera plena: a quienes quieren reproducirse y a quienes no quieren procrear³⁸⁵.

Posteriormente la Corte Constitucional de Colombia precisó los alcances de este derecho en acciones de tutela, como lo fueron las sentencias T-32/09³⁸⁶ y la sentencia T-585/10³⁸⁷ las que clasificaron el derecho a la autodeterminación como libertad plena y garantía de acceso (habiendo en la libertad un deber de abstención mientras que para la garantía de acceso un deber activo del Estado) determinadas en el caso del año 2009, junto con la sub clasificación de la garantía de acceso en dos deberes que serían el deber de respeto y garantía en el caso del año 2010.

Para precisar los alcances realizados por toda la jurisprudencia de la Corte, la legislación colombiana complementó el criterio antes mencionado por medio del Decreto N°4444 de 2006³⁸⁸ que reglamenta la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva (entre ellos la interrupción del embarazo³⁸⁹) el que regula en términos generales la disponibilidad del servicio, financiamiento, objeción de conciencia, prohibición de prácticas discriminatorias y régimen sancionatorio a quien no cumple los deberes establecidos en la misma normativa.

Junto a esto se legisla por medio de la resolución n°004905 de 2006³⁹⁰ que en todas las entidades o instituciones que conforman el Sistema de Salud se debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del embarazo de acuerdo con sus disposiciones, para el acceso real y la atención oportuna de las gestantes que requieran servicios IVE en todos los grados de complejidad,³⁹¹ y la provisión oportuna³⁹²

³⁸⁵ *Ibíd.* [en línea]

³⁸⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Octava Sala) [en línea], Sentencia T-732/09 de 15 de octubre de 2009 [consulta: 17 mayo 2018]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-732-09.htm>>

³⁸⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Octava Sala) [en línea], Sentencia T-585/10 de 22 de julio de 2010 [consulta: 20 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-585-10.htm>>

³⁸⁸ COLOMBIA. Ministerio de la Protección Social. Decreto 4444, de 13 de diciembre, por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva. *Diario Oficial*, 13 de diciembre de 2006, núm. 46481. p.34.

³⁸⁹ Artículo 1 (inciso segundo). Los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, estarán disponibles en el territorio nacional para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS.

³⁹⁰ COLOMBIA. Ministerio de la Protección Social. Resolución 4905, de 14 de diciembre, por la cual se adopta la Norma Técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo-IVE-. *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 2006, núm. 46491.

³⁹¹ Regulado en el artículo 4 de la resolución por medio de sus respectivas tablas explicativas.

³⁹² Artículo 5. Celeridad en la prestación de servicio de la IVE. La provisión de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los primeros cinco días siguientes a la solicitud y previo el consentimiento informado por parte de la gestante y la presentación de la certificación médica o la copia de la denuncia penal, según el caso.

de servicios de IVE, concretando así el alcance de autodeterminación como garantía de acceso.

A pesar de este vasto reconocimiento a la autodeterminación sexual y reproductiva, la interrupción del aborto en Colombia, en principio, sigue siendo reprochada penalmente. Es en el artículo 122 del Código Penal en donde se penaliza el aborto consentido por la mujer realizado por tercero, o por la misma mujer³⁹³. Sin embargo, desde la sentencia C-355-06 se recogen tres causales de despenalización, entre ellas, la terapéutica, embriopática (malformación fetal con incompatibilidad de vida extrauterina), y criminológica (contemplando la violación sexual, inseminación artificial o óvulo fecundado no consentida y el incesto)³⁹⁴.

Ahora, en lo relativo a la responsabilidad civil, ha sido la Corte Constitucional que en sede revisión de acciones de tutela (similares a la acción de protección en Chile) la que ha desarrollado una vasta jurisprudencia relativa al tema. Se destaca el hecho de que la acción de tutela es cautelar de protección de derechos fundamentales, y por tanto no persigue un fin indemnizatorio, sin embargo “permite de manera excepcional ordenar en abstracto la indemnización de daño emergente para asegurar el goce efectivo del derecho fundamental vulnerado, así como de los demás perjuicios a que haya lugar”³⁹⁵, los que se han manifestado en el ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo.

Se observará que en parte de los casos seleccionados son fallados por carencia actual de objeto por daño consumado³⁹⁶, pero que a pesar de esto se concede indemnización en abstracto. Esto porque, según el artículo 25 del Decreto 2.591 de 1991³⁹⁷ es procedente

³⁹³ Artículo 122. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

³⁹⁴ “no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (I) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud física o mental de la mujer, certificada por un médico; (II) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (III) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”. Véase: COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Pleno) [en línea], sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006 [consulta: 17 mayo 2018]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>>

³⁹⁵ FERNÁNDEZ MUÑOZ (2017) Óp. Cit. p.237.

³⁹⁶ La carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido lo que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental. Véase: COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Octava de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-083/10 de 11 de febrero de 2010 [consulta: 24 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-083-10.htm>>

³⁹⁷ Artículo 25 (inciso primero). Indemnizaciones y costas. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además

cuando se obstaculizaba o se anulaba el ejercicio de la mujer a acceder oportuna y adecuadamente a la interrupción del embarazo en los eventos previstos en la sentencia C-355 de 2006.

Para efectos de esta investigación y para satisfacer el fin meramente ilustrativo de este acápite, se analizará exclusivamente acciones de tutela relacionadas a la causal embriopática interpuestas en el último tiempo.

Una de las decisiones de la Corte Constitucional que reconoció la vulneración del derecho fundamental a la interrupción del embarazo y condenó a la demandada al pago de una indemnización en abstracto fue la sentencia T-959/11³⁹⁸ en donde la peticionaria comenzó un control prenatal con un médico ginecólogo y que desde la primera cita informó acerca de los antecedentes familiares de ‘mielomeningocele’ (o espina bífida), a pesar de lo cual no se ordenó la práctica de ecografía ni de exámenes especializados, para saber si el feto presentaba alguna malformación. Posteriormente, específicamente el mes de agosto de 2009, a la peticionaria le fue realizada una ecografía obstétrica de primer nivel, sin que hubiese aparecido malformación alguna. Es en el mes de noviembre donde un médico particular – y con el motivo de conocer el sexo del feto – practicó a la peticionaria una ecografía obstétrica de nivel III, habiéndose detectado que el feto presentaba diversas malformaciones: dismorfología por lesión abierta de columna lumbosacra, sin meningocele, asociada ventriculomegalia cerebral y desplazamiento de estructuras hacia la fosa craneal posterior, fuera de lo cual se diagnosticó que existía asociado pie equino varo izquierdo.

En diciembre de 2009, se detecta en Hospital Universitario de Santander, mediante una ecografía de nivel III malformaciones de diversa naturaleza³⁹⁹. Es en esa misma oportunidad en donde la peticionaria manifiesta su interés de interrumpir el embarazo ante el diagnóstico emitido. El Hospital posteriormente recomienda una cantidad considerable de exámenes y la

de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho, así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. Véase: COLOMBIA. Decreto 2591, de 19 de noviembre, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial, 19 de noviembre de 1991, núm. 40165.

³⁹⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Cuarta de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-959/11 de 16 de diciembre de 2011 [consulta: 24 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-959-11.htm>>

³⁹⁹ Cráneo de limón, ventrículo megalia, cerebelo en forma de banana, miel meningocele lumbar, riñón derecho pieloelectacia, 31 mm. De pie equino varo izquierdo, RCIU simétrico, malformación Archol Chiry Tipoll.

realización de una cesárea programada a la semana 37 de gestación, neurocirugía, ecografía nivel III de control menstrual, pruebas de TORCH⁴⁰⁰, valoración por genética y continuación de control prenatal. Ante estas recomendaciones, la peticionaria solicita de todas maneras interrumpir el embarazo por causal terapéutica y embriopática. Ya a fines de diciembre del año 2009, la mujer recurre a profesionales médicos externos (ginecólogo y perinatóloga) quienes recomiendan –ambos- la interrupción del embarazo, tanto por causal terapéutica como embriopática.

El 20 de diciembre de 2009 el auditor médico y de calidad de la aseguradora de servicios de salud respondió a la peticionaria que el servicio de salud externo es subsidiario al régimen dentro del cual se atiende la peticionaria (Hospital Universitario de Santander, el que no le concedió la interrupción del embarazo) y comunicó que era necesario solicitar autorización del médico tratante para proceder a la IVE en la entidad externa.

En el hospital en cuestión afirma por medio del gerente y jefe de oficina de asesoría jurídica que no se puede conceder la interrupción del embarazo debido al avanzado período de gestación que en sí mismo evidencia viabilidad a vías del parto.

Los hechos que deben ser destacados son los ocurridos el 23 de diciembre de 2009, a casi un mes de emanado el diagnóstico y de haberse solicitado por primera vez la interrupción del embarazo, donde se convoca a una junta médica en el Hospital del cual recurrió la peticionaria. Esta junta contó con la participación del director de pediatría, la trabajadora social y el asesor jurídico del Hospital quienes manifestaron en principio que las malformaciones no hacían inviable la vida extrauterina del feto y por tanto la mujer debía proceder con el embarazo recomendándose así una cesárea de emergencia. Sin perjuicio de esto, se deja constancia en autos de primera instancia que se debía según los demandados realizar la cesárea de emergencia “tal como lo establece la junta médica, **ya que según los médicos las posibilidades de vida del feto son casi nulas**”⁴⁰¹. A esto se une la declaración de la recurrida que ya en sede revisión declara en autos que “aún que **no obstante la anomalía de arnold chiari tipo i, la ventriculomegalia y el pie equino izquierdo, haga inviable la vida del por nacer**, por manera que mal podría a través de una decisión judicial accederse a semejante

⁴⁰⁰ Grupo de exámenes de sangre. Sirven para evaluar algunas infecciones diferentes en un recién nacido.

⁴⁰¹ COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Cuarta de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-959/11 de 16 de diciembre de 2011 [consulta: 24 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-959-11.htm>> El destacado es propio.

petición⁴⁰², que atendía a la justificación de que en primera instancia se solicitó tutela por sólo causal terapéutica. Estas declaraciones dejan en evidencia dos interpretaciones distintas: una en donde se detecta viabilidad y otra en donde se detecta inviabilidad extrauterina. Esto tenía que ser contrastado con los diagnósticos realizados por los médicos externos quienes recomendaron interrupción del embarazo por causal embriopática que en sí misma exige inviabilidad de vida extrauterina del feto. El 8 enero se realizó cesárea de emergencia y el menor nació vivo.

Resulta de gran relevancia mencionar que ante esta evidente contradicción de interpretaciones en el diagnóstico en lo relativo a la inviabilidad del feto y la existencia de persistentes trabas burocráticas en contraste a lo exigido para proceder a la interrupción del embarazo, la Corte declaró carencia actual de objeto, sin aludir al artículo 25 del Decreto 2591 y no concedió la acción.

Si bien esta sentencia no alude a una indemnización determinada sí evidencia un presupuesto de hecho por el cual hay una persistente negligencia médica en la emisión de diagnóstico y en la dilatación al acceso a la prestación médica tomando en cuenta todas las trabas burocráticas por las que la peticionaria tuvo que recurrir. Es por esta misma claridad en la detección de negligencia en los hechos de este caso, que permiten de todas maneras tratarlo por la doctrina civil como un caso en donde existió una considerable oportunidad de aplicar *wrongful birth* en Colombia⁴⁰³

Es por esto mismo que cinco años después, en sentencia T-301/2016 se concede indemnización en abstracto a señora Rosa “por la violación del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto al que tenía derecho por reunir las condiciones exigidas en la sentencia C-355 de 2006”⁴⁰⁴.

El caso consistió en que Rosa, peticionaria, acudió a la Entidad Prestadora de Salud (en adelante EPS) para determinar si estaba embarazada. Luego, en el desarrollo de los controles prenatales a cargo de la EPS, se enteró que el niño sufría de malformaciones compatibles con hidrocefalia. Es 7 meses después del primer diagnóstico en donde se confirma la existencia

⁴⁰² *Ibíd.* [en línea] El destacado es propio.

⁴⁰³ Tratamiento doctrinario de este caso que hace, por ejemplo, FERNÁNDEZ MUÑOZ (2017) *Óp. Cit.*p.333.

⁴⁰⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. (Sala Cuarta de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-301/16 de 9 de junio de 2016 [consulta: 20 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-301-16.htm>>

de malformaciones fetales. Para ese momento la peticionaria ya contaba con 27 semanas de embarazo y fue informada de la posibilidad de interrumpir su embarazo.

En vez de ser atendida por la misma EPS, la peticionaria fue instruida por una ginecóloga a concurrir al Hospital San José, para que atendieran su solicitud de aborto. Allí fue cuando el Hospital le informó a la peticionaria que no podría realizarlo, entendiendo que, al avanzado estado de la gestación, se requería la práctica de un ‘feticidio’, frente al cual el Hospital no contaba con capacidad técnica. Cuando la peticionaria recurrió nuevamente a la EPS, ésta simplemente le informó que no contaba con prestadores para realizar la interrupción del embarazo.

Producto a las constantes dilataciones y por la falta de prestador para dar paso a la interrupción del embarazo, la peticionaria dio a luz el 9 de septiembre, corroborándose que el menor sobrevivió al nacimiento.

En este caso, si bien se declara la carencia actual de objeto debido a que el menor nació, se declara de todas maneras responsable a la EPS debido a la vulneración del derecho de garantía de acceso y por la vulneración a los deberes de respeto y garantía propiamente tal provenientes de la reivindicación prestacional (autonomía reproductiva como garantía de acceso)⁴⁰⁵. Se declara en la Corte que por “la ausencia de diagnóstico adecuado [se le] impedía a la accionante reconocer su verdadera situación [y] la EPS y sus profesionales, concedores de la gravedad del caso, se abstuvieron de orientar adecuadamente a la señora Rosa frente a las posibilidades a su alcance y en concreto, omitieron cualquier referencia a la posibilidad de practicarse una interrupción voluntaria del embarazo”⁴⁰⁶.

De todas maneras, la inviabilidad como requisito copulativo para que proceda la causal embriopática fue puesto en duda, dada la sobrevivencia del menor al parto. Por eso la Corte decidió enfocar su atención en la causal terapéutica y así conceder la indemnización, sin perjuicio de que hay negligencia en la emisión de diagnóstico que le impidió a la accionante tomar una decisión oportuna, sea por la ausencia de diagnóstico adecuado como por la dilatación injustificada del proceso médico.

⁴⁰⁵ *Ibíd.* [en línea] Considerando °148.

⁴⁰⁶ *Ibíd.* [en línea] Considerandos °142 y °143.

Como se puede observar se ve un particular razonamiento de la Corte Constitucional: reconoce directamente la vulneración al derecho fundamental a la interrupción del embarazo, evidencia la negligencia, pero tiene complicaciones para precisar el concepto de inviabilidad y hacer procedente la indemnización en una acción de tutela.

Frente a lo anteriormente expuesto queda ahora realizar un breve análisis de la jurisprudencia extranjera para así verificar si se cumplen los presupuestos base en estos razonamientos para hacer procedente la acción de *wrongful birth* en sus respectivos ordenamientos y ver si, según este bloque sistémico, es posible admitir la acción de *wrongful birth* en Chile.

V.2. Tratamiento del daño en los casos de *wrongful birth* en el derecho extranjero y sus fundamentos: construcción de una tendencia.

En el siguiente acápite se analizará de manera breve la jurisprudencia anteriormente expuesta. Producto a esto, se verán las semejanzas y diferencias que tiene la aplicación jurisprudencial en cada ordenamiento para así verificar si es que existe o no una tendencia hacia la legitimidad del daño en la acción de *wrongful birth*.

Al analizar casos emblemáticos e ilustrativos de Francia y Perú se pudo identificar que el factor determinante por medio del cual es posible conceder la acción de *wrongful birth* es un tratamiento legislativo o judicial explícito que vea dos elementos clave: la despenalización o legalización de la interrupción del embarazo y el reconocimiento al derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva. Es en atención a esto que Francia, al modificar su legislación en el ámbito de reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo y a la despenalización del aborto bajo un sistema mixto (de plazos y causales) puede reconocer no sólo jurisprudencialmente, sino que derechamente en su legislación la acción de *wrongful birth*⁴⁰⁷.

En cambio, la exposición del tratamiento legislativo de la interrupción del embarazo en Perú determinó que, aun incluyéndose un derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva en el ordenamiento jurídico, sería imposible pensar en la procedencia del *wrongful birth* dado que

⁴⁰⁷ Referente establecido en la ley 'anti-Perruche' que, si bien negó derechamente las acciones de *wrongful life*, dio un paso considerable al reconocer derechamente las acciones de *wrongful birth*, sin dar posibilidad a la jurisprudencia de dudar sobre su procedencia en el sistema, a no ser que los supuestos de hecho no se relacionen con el presupuesto dentro del ordenamiento.

la causal embriopática no está contemplada como hipótesis de despenalización en el Código Penal y por tanto la conducta sigue siendo antijurídica. Aquí es necesario reiterar lo mencionado al inicio de esta investigación: la legitimidad del daño se comprende en una faz negativa y en una concreción flexible, así todo daño es legítimo cuando no es antijurídico. Por tanto, si la interrupción del embarazo sigue siendo un delito la negligencia médica que impida a la mujer llevarla a cabo no es imputable al médico o al establecimiento de salud. Por tanto, Perú posee se encuentra en un predicamento particular: consagra el derecho, pero no despenaliza la conducta invocada en la acción.

Ahora, reflexionando sobre los ordenamientos seleccionados para exponer más profundamente su criterio jurisprudencial, no está demás destacar ciertas particularidades en cada uno de los sistemas:

En Estados Unidos el reconocimiento del derecho a abortar es producto a un vasto estudio jurisprudencial que por más de dos décadas se ha impuesto como una base común para todos los estados y así: en primer lugar, poner un freno a la legislación restrictiva de cada Estado para acceder a la interrupción del embarazo; y en segundo lugar, para permitir las acciones de *wrongful birth* que se fundamentan no sólo en diagnóstico de la etapa prenatal, sino que también en la asesoría preconcepcional⁴⁰⁸, donde la vulneración al derecho fundamental se sobrepone a cualquier valoración ética en la que se niegue el acceso a la interrupción del embarazo. También debe resaltarse el criterio ocupado en la sentencia *Keel v. Banach* (1993), en donde no sólo se reconoció un daño por la vulneración del derecho fundamental, sino que también se aludió al problema ético que tanto se ha mencionado en lo relativo a la vida como daño donde el detrimento no se encuentra en el nacimiento de un ser, sino que en la vida discapacitada del ser que daña al demandante del *wrongful birth* (los padres o la madre) y no al menor a sí mismo, lo que desvía el escepticismo ético frente al desprecio por la propia vida que se dio tan fuertemente en el caso *Perruche*⁴⁰⁹.

A pesar de haber un vasto tratamiento de la acción, que por décadas se ha establecido en Estados Unidos, de todas formas, persiste un problema que los otros ordenamientos (al menos

⁴⁰⁸ Como lo fue en el caso *Gallager v. Duke University*. 638 F. Supp. 979. (M.D.N.C. 1986).

⁴⁰⁹ “desde la perspectiva del debate filosófico, muchos se escandalizaron al ver en el fallo la asignación de un precio a la vida humana y la conclusión de que ‘es preferible no vivir que a vivir privado de los goces de la existencia’; 165 e insistieron, por el contrario, en que la vida aunque sea desgraciada es preferible a la muerte”, 166 apelando por supuesto al conocido e impreciso principio de ‘dignidad humana’”. Véase: TAPIA RODRIGUEZ (2003) Óp. Cit. p.110.

de los anteriormente referidos en esta investigación) no tienen: “los estatutos de *wrongful birth* contradicen flagrantemente la tendencia hacia la completa decisión informada, y refuerzan el histórico estereotipo de las mujeres como incapaces de tomar decisiones”⁴¹⁰ en el ámbito de salud. A pesar de haberse detectado el problema, aun las legislaciones de cada uno de los Estados dan paso a una ralentización a la procedencia de la acción, sin perjuicio que las Cortes de más alta jerarquía de los referidos Estados, como se pudo observar, impugnan esta normativa restrictiva citando los precedentes establecidos en *Roe v. Wade* en adelante.

Por su parte, España presenta una serie de múltiples particularidades a destacar que deben exponerse antes de analizar los casos anteriormente expuestos.

En primer lugar, la jurisdicción civil y contenciosa se diferencian al identificar la manifestación de voluntad de la mujer: por su parte, la sala civil establece que la carga de la voluntad de interrumpir el embarazo es relevante y ésta debe ser probada por la afectada demandante, mientras que en la jurisprudencia contenciosa se afirma que “se opta por la inversión de la carga de la prueba de forma que será la Administración quien tenga que demostrar que la gestante no hubiera abortado, en lugar de ser la madre la que acredite que sí lo hubiera hecho”⁴¹¹.

En segundo lugar, la jurisdicción civil condena no sólo a la entidad médica a pagar la indemnización correspondiente, sino también a la entidad aseguradora de prestación de servicios de salud, los fundamentos para esta idea son variados: entre ellos, responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno (en atención a la relación de dependencia que tiene el profesional médico con la aseguradora, por medio de la institución de arrendamiento de servicios que presta el profesional médico a la aseguradora, o por medio de la elección en la que interviene la aseguradora para que el médico intervenga en el tratamiento de la accionante)⁴¹²; responsabilidad contractual en función de que la entidad aseguradora asume la garantía y deber de prestación (agregando que en lo relativo a la omisión del diagnóstico y por tanto al deber de información se relaciona a la publicidad en responsabilidad sanitaria⁴¹³

⁴¹⁰ GOLD (1996) Óp. Cit. p.1041.

⁴¹¹ ELIZARI URTASUN (2009) Óp. Cit. pp.148-149.

⁴¹² Aludiéndose en sentencia 6363/2010 a otras sentencias que tratarían previamente el fundamento como las sentencias STS de 12 febrero 1990 y 10 de noviembre de 1999.

⁴¹³ Aplicando la responsabilidad sanitaria el Tribunal Supremo en su considerando 6 refiere a STS 2 de noviembre 1999: el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también en la STS de 4 de octubre de 2004 en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo”. Véase: ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 6363/2010

por la garantía que ésta da para el ejercicio de la facultad de abortar y al ser garante es el principal obligado mientras que el médico es auxiliar en la prestación, y por tanto de la indemnización)⁴¹⁴; y responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidor y Usuarios (exclusivamente en lo relativo a los aspectos organizativos del servicio no relacionados con la actividad del médico)⁴¹⁵ siendo más evidente la aplicación de esta última cuando no se prestó la debida atención al omitirse diagnóstico, más que por una emisión de diagnóstico errónea.

Al igual que la jurisprudencia estadounidense, la judicatura española también tiene desafíos que resolver siendo éste el monto indemnizatorio. A pesar de que en los casos anteriormente analizados existe uniformidad jurisprudencial en las partidas indemnizatorias que se contemplan, el monto en particular que cubren todas esas partidas indemnizatorias, se ha dicho que “habrán de indemnizarse los gastos extraordinarios derivados de la condición de discapacitado del niño. No obstante, la determinación de qué gastos son indemnizables, y en qué cuantías, resulta difícil, y la jurisprudencia no los ha definido, estableciendo en la mayor parte de los casos indemnizaciones globales comprensivas de daño moral y del patrimonial”⁴¹⁶.

Colombia, por su parte evidencia claridad al momento de detectar los hechos que vulneran el derecho fundamental en cuestión, pero no formaliza la posibilidad de indemnización, a pesar de tener legislación aplicable al tema y cierta jurisprudencia que la admite. Es la falta de uniformidad en el criterio indemnizatorio y al mismo tiempo el tribunal competente para conocer de estas reclamaciones lo que obstaculizan un íntegro reconocimiento a las acciones de *wrongful birth* en Colombia.

Es relevante recalcar que la Corte Constitucional para dar paso a la indemnización requiere que al momento de interposición de la acción de tutela el feto no haya nacido porque de ser así la acción de naturaleza inminentemente cautelar responde sobre los daños generados desde un inicio sin tener siquiera razón aparente para litigar. Es requisito necesario que para que proceda el artículo 25 del Decreto 2591 la mujer aun esté embarazada y que por el devenir

de 4 de noviembre [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5804575&links=&optimize=20101223&publicinterface=true>

⁴¹⁴ Refiere la sentencia 6363/2010 a las sentencias base estableciendo este criterio: sentencias STS de 4 de octubre de 2004 y 17 de noviembre de 2004.

⁴¹⁵ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 6363/2010 de 4 de noviembre [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5804575&links=&optimize=20101223&publicinterface=true> Considerando °6.

⁴¹⁶ ELIZARI URTASUN (2009) Op. Cit. p.158.

de la acción hasta la revisión realizada por la Corte Constitucional haya nacido el feto para poder resolverse sobre el daño derivado del nacimiento⁴¹⁷.

Bien se planteó por el voto de salvamento de la sentencia T-301/16 de la Corte Constitucional de Colombia antes expuesta que en lo relativo a la naturaleza indemnizatoria de la acción de tutela por carencia actual de objeto de daño consumado “el procedimiento de la IVE [Interrupción Voluntaria del Embarazo] se encuentra limitado por aspectos médicos y, por consiguiente, exige la adopción de medidas legislativas por parte del Congreso y de la República”⁴¹⁸, esto en atención que para el voto de salvamento existía imprecisión en el diagnóstico relativo a la inviabilidad de vida extrauterina como requisito necesario para que proceda la causal, junto con la problemática que genera la falta de plazo en la legislación.

Esto es lo que genera imprecisión en el concepto médico y dependiendo hasta ahora de éste para poder determinar si era procedente la respectiva causal de inviabilidad fetal, el ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo se vuelve relativo. Así “ante la complejidad de los problemas jurídicos planteados en lo que tiene que ver con el límite para practicar el IVE y la patología de hidrocefalia presentada por el feto, se han debido omitir los pronunciamientos adicionales por ausencia de bases constitucionales y legales que los sustentan”⁴¹⁹, dando cuenta de la necesidad entonces de resolver el problema sea jurisprudencialmente ante la misma Corte o por vía legislativa.

Una última particularidad de Colombia podría encontrarse que en ningún momento las sentencias mencionan la acción de *wrongful birth* en los casos donde pudo haberse aplicado teniendo todos sus presupuestos cumplidos en los hechos del caso, y es de llamar la atención que la indemnización se concede por la vulneración al derecho a la interrupción del embarazo, pero por la causal terapéutica, y no porque la causal embriopática no proceda, sino que por la imprecisión del concepto de inviabilidad le ha llevado a la judicatura más que negar la procedencia de indemnización, ‘esquivar’ la decisión sobre ella debido a su complejidad, tal como lo evidencia lo dicho por el voto de salvamento antes citado.

⁴¹⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Octava de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-841/11 de 3 de noviembre de 2011 [consulta: 2 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-841-11.htm>>

⁴¹⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. (Sala Cuarta de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-301/16 de 9 de junio de 2016 [consulta: 20 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-301-16.htm>> Salvamento de voto del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo a la sentencia T-301/16.

⁴¹⁹ *Ibíd.* [en línea] Salvamento de voto del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo a la sentencia T-301/16.

Sin perjuicio de las evidentes diferencias que tienen los casos citados, cabe mencionar que todos tienen un elemento en común: reconocer el daño en el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva: sea llamado derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (Colombia), facultad de interrupción del embarazo (España) o derechamente derecho constitucional al aborto (Estados Unidos). Esto porque son los mismos ordenamientos que por medio de su respectiva jurisprudencia o legislación admiten el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva (Sentencia C-355 de 2006, Ley Orgánica 2/2010, *Roe v. Wade*), sea por autodeterminación plena o garantía de acceso. Es este elemento común derivado de toda esta cadena sistémica que reconoce la legitimidad del daño indemnizable en *wrongful birth* lo que lleva a afirmar que en el derecho de distintos ordenamientos que ejercen influencia considerable en Chile, se constituye una clara tendencia de admisión a las acciones de *wrongful birth*.

V.3. Proyección de los fundamentos del derecho comparado a la situación chilena: descubrimiento de una realidad desactualizada.

Se debe mencionar que a la fecha y en atención al poco tiempo de vigencia que lleva la Ley 21.030, no existe aún caso ilustrativo alguno que podría cumplir con los presupuestos de hecho bases para que se verifique la procedencia del *wrongful birth* en Chile. Sin embargo, como ya se había adelantado en el capítulo III de esta investigación, sí existe un caso que, si bien la negligencia se encuentra fácticamente antes de la interrupción del embarazo (relacionada a la realización de una esterilización), discute el presupuesto base de esta investigación: la legitimidad del daño en el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva. Es en base a este caso en donde se estimará aproximadamente qué tipo de razonamiento podría tener la judicatura civil chilena en relación a la legitimidad del daño, la que nace fácticamente en el momento del nacimiento del feto: sea éste por esterilización fallida (*wrongful conception*) o por un eventual error u omisión de diagnóstico de malformación genética (*wrongful life* y *wrongful birth* siendo este último objeto de esta investigación).

El caso en estudio fue aludido de manera breve anteriormente, éste es el caratulado como “Rosas c. Servicio de Salud de Chiloé”⁴²⁰ resuelto el 20 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Letras de Castro y confirmada por Corte Suprema en causa rol N°13.544-2015, el 29 de enero de 2016. Si bien es un caso tangencial al *wrongful birth*, es de utilidad para analizar la

⁴²⁰ CHILE. Juzgado de Letras de Castro [en línea], Sentencia rol 1719-2012 de 20 de noviembre de 2014 [consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: <www.pjud.cl>

opinión de la judicatura civil en contraste a la constitucional en un paralelo que se hará más adelante.

Los hechos del caso se basan en que la demandante de juicio ordinario de indemnización de perjuicios por falta de servicio de la administración, acudió en marzo del año 2010 a realizarse una cesárea y posteriormente una esterilización producto a que la mujer ya tenía muchos hijos. A esto se adhería la complejidad en la compatibilidad entre crianza de sus hijos con la mantención económica del hogar, el carnet perinatal deja constancia de haberse realizado la esterilización. Sin perjuicio a esto, en noviembre de 2010 presenta síntomas anómalos y en función a los exámenes que se realizó se comprobó que estaba nuevamente embarazada, posteriormente se detectó que el nuevo hijo de la demandante padecía de hidrocefalia.

El mismo mes de noviembre de 2010 la demandante presentó carta de reclamo al Hospital de Ancud sin tener respuesta, lo mismo sucedió con la segunda carta presentada el día 29 de ese mes. En una nueva oportunidad, la matrona que atendió a la demandante borra del carnet perinatal la constancia de la esterilización al momento en que la demandante pidió su historia clínica que sería comparada con el mismo carnet modificado. Con esto, se deja constancia en el historial clínico que no se realizó la esterilización suscrita por la demandante.

El Tribunal, luego de considerar los argumentos de las partes demandante y demandada, identifica el tipo de daño cuya indemnización está en discusión estableciendo que éste “debe lesionar un **derecho o un interés legítimo**, que puede consistir en derechos patrimoniales o **bien extrapatrimoniales, como serían los principalmente afectados en esta causa**”⁴²¹. Desde ya se destacan dos aspectos relevantes: En primer lugar, el tribunal inmediatamente visualizó el problema en contexto de derecho o interés legítimo, subsumiendo la discusión a una acción civil ordinaria sin citar necesariamente el concepto de *wrongful birth*; y, en segundo lugar, reconoce que el daño es de naturaleza inminentemente extrapatrimonial.

La primera conclusión es de relevancia, dado que la acción civil ordinaria de responsabilidad civil contempla derechos o intereses como fundamento del daño, mientras que el *wrongful birth* depende del reconocimiento del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva para su procedencia, por lo que de *wrongful birth* no se está hablando necesariamente. Esto sin perjuicio que la judicatura analizará posteriormente el fundamento

⁴²¹ *Ibíd.* [en línea] El destacado es propio.

del daño en función de derechos y no intereses, lo que sirve aun como insumo de análisis en lo que derechos respecta.

Centrando la atención ahora al segundo punto ¿cuál es la fuente por la cual nace indemnización por ese daño extrapatrimonial? Aquí es donde se destaca lo particular de la sentencia: en sede daño moral la actora vio vulnerado la decisión sobre su propio cuerpo el cual “constituye un derecho fundamental garantizado en el artículo 19 N°1 de nuestra Constitución Política de la República, el cual debe entenderse en correspondencia con los tratados y convenciones internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigente[s]”⁴²² en donde se menciona la Convención de Belem do Pará, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer CEDAW (esta última mencionada anteriormente en el contexto de reconocer los derechos sexuales y reproductivos de la mujer).

A esto el tribunal añade: “la decisión respecto de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer son parte fundamental del deber de protección que tiene el Estado en cuanto a resguardar la vida e integridad de la persona, por cuanto la vulneración de este derecho constituye un perjuicio emocional y físico del cual debe hacerse responsable”⁴²³. Es ante esta argumentación donde se condena a la demandada a indemnizar a la mujer afectada por el monto de \$15.000.000 de pesos chilenos – aumentado a \$35.000.000 de pesos chilenos en segunda instancia- solamente en lo relativo a la concurrencia de daño moral por vulneración al derecho a la mujer de decidir sobre el propio cuerpo, siendo la decisión como restablecimiento de autonomía de voluntad de la mujer y bajo la mención de derechos reproductivos es donde puede entenderse que la judicatura civil reconoce la autodeterminación sexual y reproductiva entendida como derecho fundamental que sirve de justificación para la indemnización por negligencia médica, que a futuro no tendría obstáculos para poder transparentarse en supuestos de hecho que den paso al estatuto de *wrongful birth*.

Es este mismo bloque de derechos el que fue considerado por el dictamen 11.781 de Contraloría General de la República que impide invocar objeción de conciencia institucional de

⁴²² *Ibíd.* [en línea] Considerando °33.

⁴²³ *Ibíd.* [en línea] Considerando °33.

establecimientos públicos de salud y de entidades privadas que suscriben convenio con Servicios de Salud en virtud el decreto ley 2763⁴²⁴.

Lo importante de este dictamen es el reconocimiento del derecho a la protección de la salud del artículo 19 N°9 de la Constitución Política en la interrupción del embarazo y su reconocimiento como prestación médica. Se aclara con la cita a esta garantía por el dictamen la idea en que es necesario que los servicios o entidades regidos por la normativa del Ministerio de Salud deben atender al mandato del inciso cuarto del artículo 19 N°9, donde es deber preferente del estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine. Así, Contraloría concluye que “los establecimientos públicos de salud no pueden invocar la objeción de conciencia, pues se encuentran el imperativo de cumplir la obligación del Estado de otorgar las acciones de salud definidas por el legislador”⁴²⁵ y así “las mencionadas entidades contratantes, en el cumplimiento del respetivo convenio [con el Estado] no pueden adoptar una posición que les impida realizar las prestaciones de salud a que se encuentra obligado el Estado”⁴²⁶.

Si bien en el dictamen no existe un reconocimiento explícito al derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, se recalca el bloque de derechos para construirlo, sin ser necesario referirse a la imposibilidad de ejercerse un derecho al aborto. Es más, al hablar del principio de servicialidad del Estado fácilmente podría encausar el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva como garantía de acceso al momento de compeler al Estado de otorgar acciones determinadas de salud definidas por la ley.

Ante esto puede estimarse que los primeros pronunciamientos de la judicatura civil y administrativa en estos asuntos es clara y uniforme si se le compara al razonamiento de la jurisprudencia extranjera. A pesar de esto, aún no se puede afirmar con seguridad la procedencia de *wrongful birth* en Chile. Primero, porque en la primera sentencia expuesta se invoca la acción civil ordinaria de indemnización de perjuicios, que posee distintos supuestos

⁴²⁴ En virtud de este decreto, todas las entidades como universidades, organismos, sindicatos, asociaciones patronales o de trabajadores y, en general, con toda clase de personas naturales o jurídicas que celebren convenio con Servicio de Salud quedarán adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud, y se sujetarán en su cumplimiento a las normas, planes y programas que haya impartido o pueda aprobar en la materia el Ministerio de Salud en uso de sus facultades legales.

⁴²⁵ CHILE. Contraloría General de la República [en línea], Dictamen 11781 de 9 de mayo de 2018 [consulta: 21 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/mesaprueba/842577F8004BAD41/0/FDAFA3C7D79E17B903258288006BFAF9>

⁴²⁶ *Ibíd.* [en línea]

y problemáticas al *wrongful birth* en lo que fundamento del daño respecta. Y segundo, por las conclusiones extraídas del contradictorio fallo del Tribunal Constitucional.

Esto no es menor ya que, si bien la judicatura civil inclusive antes de la vigencia de la ley 21.030 junto con la jurisprudencia administrativa e inclusive la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la vigencia de la ley 21.030 consideran la misma cadena de derechos para dar paso al reconocimiento a la autodeterminación sexual y reproductiva (derecho a la vida y la integridad física, derecho a la protección a la salud, derecho a la igualdad ante la ley, dignidad de la persona radicada en la mujer embarazada), concluyen cosas distintas.

Si bien se tiene en las tres judicaturas conocimiento de un precedente legislativo y judicial de carácter extenso, específico e histórico a nivel mundial en relación al reconocimiento de la autodeterminación sexual y reproductiva entendido como premisa mayor; se reconoce que Chile tiene todas las garantías y bases constitucionales para concretarlo en su sistema jurídico como premisa menor; se concluye en una parte (como la jurisdicción civil) –en sincronía con la tendencia penal, constitucional, ética y civil propia del Derecho Comparado e inclusive el Derecho Internacional – que el sistema jurídico chileno no tiene obstáculos para reconocer la autodeterminación sexual y reproductiva, mientras que otra parte (jurisdicción constitucional) toma esas mismas bases dentro de las mismas premisas, para que en la visión de su propio silogismo saque una conclusión completamente distinta, negando derechamente el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva en Chile y por tanto se estaría a falta del requisito más importante para hacer procedente la acción de *wrongful birth*: el derecho fundamental que le sirve de base para salvar el escepticismo ético que puede estar en cabeza de cada doctor o juez que tenga frente suyo un caso que cumple con todos los presupuestos de la acción de *wrongful birth*, pero no tiene sus bases y así no pueda ser posible indemnizar a la mujer afectada por un caso en la que ella se ve arrastrada de llevar un embarazo inviable por una efímera resistencia ética sin fundamento lógico de peso, tal como se adelantó en los capítulos anteriores.

Este panorama es preocupante porque dadas dos interpretaciones de cómo afronta el sistema jurídico la interrupción del embarazo y sus eventuales consecuencias (como la responsabilidad civil) dado que, en lo relativo al alcance de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, es el Tribunal Constitucional quien llevaría la última palabra. Todo es en razón del principio de supremacía constitucional y la afirmación en doctrina que reconoce que éste es el 'intérprete final'. Lo preocupante de esta interpretación es que da paso

a una conclusión contraria a la naturaleza de sus propias premisas, no tiene justificación lógica, y, a la vista del avance de sistemas jurídicos similares al chileno en el tratamiento de la materia, contradice toda realidad ante un problema de gran calibre: una deuda histórica en favor de las mujeres en lo que reconocimiento de derechos respecta y así con éstos abarcar zonas antes impensadas, entre ellas inclusive la responsabilidad civil médica.

CONCLUSIONES

Hablar de *wrongful birth* no es una cuestión baladí, hablar de autodeterminación sexual y reproductiva no es una cuestión abstracta ni de teoría inaplicable, y hablar de responsabilidad civil por el nacimiento no es lo mismo que hablar de responsabilidad civil médica por la vulneración de un derecho fundamental. Estos dos últimos conceptos pueden confundir dos supuestos similares cuando realmente no lo son.

Hablar de *wrongful birth* implica adoptar una forma específica en el alcance de los hechos en atención a los fundamentos del sistema jurídico, el que determina si se puede admitir una institución contemporánea y controversial como la mencionada. Estatuto que, en atención a los fundamentos y garantías indemnizatorias que otorga, establece un cambio radical en muchas mujeres y familias en todo el mundo, permitiéndoles satisfacer necesidades imprevistas y dolores incuantificables relativos a la creencia de una falsa realidad que cambiaría su proyecto de vida para siempre y que además se basa en una notoria vulneración de derechos fundamentales relacionados a la autonomía de todo ser humano, que atenta a su propia dignidad y poder de decisión sobre su futuro.

Se ha podido notar en la presente investigación que, por interpretaciones de lógica tomando el insumo internacional y comparado, existe una poderosa tendencia encaminada hacia el reconocimiento de esta particular acción civil en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Y también se ha podido evidenciar que a pocos años de la vigencia de la ley 21.030 la pregunta sobre la acción de *wrongful birth* en Chile es de extrema relevancia y de inminente actualidad.

Es por eso que en función de los insumos utilizados y en búsqueda de responder a la pregunta central sobre si la procedencia del estatuto de *wrongful birth* en Chile es un simple mito o una evidente realidad, en cada una de las partes de este análisis preliminar del paradigma se concluyó lo siguiente:

En primer lugar, la existencia de un daño legítimo en Chile se define desde una concreción flexible y en faz negativa, lo que implica que todo daño fundamentado en una conducta o hecho que no es antijurídico y relevante tanto jurídica como económicamente, es indemnizable. Sin perjuicio de esto, cuando una acción civil de responsabilidad se fundamenta en la vulneración de un derecho fundamental, las directrices para definir resarcibilidad son más claras de definir.

Bajo esta idea de daño legítimo, la responsabilidad civil médica es la que en sus supuestos presenta un mayor espectro de derechos fundamentales afectados, derechos que también serán en general de la mayor jerarquía a respaldar por el ordenamiento jurídico, lo que conllevaría a verificar que al menos la legitimidad del daño reclamado es cierta, cuya resarcibilidad genera importantes consecuencias y cargas para los responsables. Es por eso que en defensa del actuar médico se ha encaminado a erradicar esta realidad construyendo múltiples obstáculos, entre ellos, la contractualización excesiva de la prestación médica.

En respuesta, el legislador creó estándares legales de comportamiento que se integran como elementos de naturaleza del contrato de prestación de servicios médicos, que son complementarios a la *lex artis* y los protocolos estandarizados de la conducta médica. Así entra en vigencia la ley 20.584 que regula derechos y deberes de los pacientes. Garantías y obligaciones que, siendo descritas con precisión no sólo crean deberes de conducta más fidedignos con la realidad, sino que también transforman el cumplimiento de una prestación en una obligación de resultado, la que tutela intensamente la situación del paciente que era considerablemente desmejorada antes de este precepto legal.

Entre los tipos de derechos/deberes que son considerados obligaciones de resultado se encuentra el derecho/deber a la información el que principalmente puede constituir hipótesis de responsabilidad al momento que no se presta información o se presta información errónea en múltiples contextos de la prestación médica, teniendo entre las más importantes la emisión de diagnóstico de una patología determinada. Se vio que el fundamento detrás del derecho a la información del paciente se encuentra en la autodeterminación del mismo, el que, para constituir un daño indemnizable en cualquier acción civil de responsabilidad, debe actuar en complemento de un derecho fundamental o mero interés jurídico relevante afectado. Esto cuando se habla de una acción civil general de responsabilidad médica.

Pero cuando se habla de interrupción del embarazo, se alude a este tipo de contexto, pero hablando específicamente de derechos fundamentales. Aquí es donde el discurso se erige en una acción determinada: el estatuto de *wrongful birth*. Acción de responsabilidad que se diferencia de las demás al necesitar dos presupuestos básicos adicionales: la despenalización o legalización de la interrupción del embarazo en causal embriopática o en sistema de plazos, y el reconocimiento explícito por parte del ordenamiento del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de la madre o padres de un menor nacido con graves malformaciones congénitas no debidamente detectadas por el profesional médico. Así, cumpliéndose con las

bases puede interponerse esta acción de la cual sus presupuestos a partir de lo investigado se constituyen en: legitimación en la mujer embarazada o los padres en conjunto, acción en la errónea interpretación de diagnóstico que detecte la malformación congénita del feto o en la omisión de la realización de procedimientos en vías de identificar la patología siendo exigibles, culpa o dolo en la no observancia de protocolos obstétricos, exigencias legales o de la *lex artis* en vías de detectar la patología, causalidad en la identificación de la negligencia con el nacimiento de un menor con las malformaciones que no fueron debidamente detectadas siendo posible detectarlas, y daño en la vulneración a la facultad de interrumpir el embarazo entendida como derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer y los padres en conjunto que se vincula a la autodeterminación paciente producto a la falta al deber de información impuesto al médico en el correspondiente diagnóstico. Supuesto que se une a los daños extrapatrimoniales derivados del sufrimiento causado por la existencia de un hijo con una discapacidad imprevista y los daños patrimoniales derivados de los sobrecostos correspondientes a la crianza y cuidado de una persona discapacitada.

Ante este contexto se buscó identificar supuestos de esta acción en la nueva ley 21.030 en Chile que despenaliza la interrupción del embarazo en tres causales. Fue allí donde se concluyó que en todas las causales la manifestación de la mujer afectada es de extrema relevancia, reiterando la importancia de la autodeterminación del paciente en este tipo de situaciones que encajarían en la acción de *wrongful birth*. Sin embargo, esta identificación debe obedecer solamente a la causal embriopática dada la estructuración de la acción y también a los requisitos de ésta, siendo entonces necesario estar en presencia de un feto inviable e incompatible con la vida extrauterina teniendo como criterio rector la norma técnica que identifica las patologías que accederían a la causal. De esto se verifica que pueden existir presupuestos en la ley que se condigan con casos de *wrongful birth*. Sin embargo, éstos se encuentran en un alcance particularmente limitado y restrictivo, pero que al mismo tiempo puede irse flexibilizando a medida que la normativa complementaria amplíe su espectro de enfermedades que harían procedente la causal embriopática.

En segundo lugar y enfocando el análisis en los presupuestos jurídicos de la acción, de los distintos alcances de la voz ‘despenalización’ la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional han optado por entender las tres hipótesis de la ley como causales de justificación las que según la doctrina penal excluyen la antijuridicidad de la conducta, lo que permitirían constituir civilmente un daño legítimo en concreción flexible. En específico, la causal de justificación elegida antes de la vigencia de la ley 21.030 fue la de estado de

necesidad justificante dada la existencia de variados bienes jurídicos que son objeto de ponderación bajo criterios de peso y razonabilidad, criterio que no cambió a la vigencia de la ley 21.030, salvo en la especificidad que tienen o al ser conocidas como causales autónomas fuera del catálogo de aquellas que se encuentran en el Código Penal. Razonamiento que guarda completa coherencia con la lógica del derecho comparado, pero no así del entendimiento de legitimidad de la conducta en parte del derecho civil, dado que una causal de justificación según la doctrina civil no necesariamente transformaría el hecho ilícito en lícito, generando efectos de los cuales la doctrina no propone una idea única. Algunas posturas han postulado la legitimidad de la conducta, pero las más recientes aluden a la mantención del ilícito y la reducción del monto de la indemnización basado en criterios de razonabilidad en el supuesto de colisión de derechos. Lo relevante del análisis de estas posturas es que el discurso sobre el reproche civil y la incidencia de la causal de justificación, independiente del efecto que atribuía, siempre aludió a lo mismo: los derechos en contrapeso. Se concluyó también que bajo cualquiera de estas vías, la mujer podría tener legitimidad para demandar al médico en supuestos que podrían encausarse al *wrongful birth*. Por lo mismo, toda discusión relativa al cumplimiento de los presupuestos del *wrongful birth* debe encauzarse en la discusión relativa al derecho a la interrupción del embarazo en Chile.

En tercer lugar, el derecho a la interrupción del embarazo se define como autodeterminación sexual y reproductiva entendida como libertad de decisión y elección en el ámbito de la satisfacción del ejercicio de la sexualidad sin riesgos y libertad en la decisión relativa al proyecto de vida familiar y el esparcimiento de hijos. Decisión que se encontrará íntimamente relacionada a la autonomía sobre el propio cuerpo, que acompaña el derecho de autodeterminación de todo paciente entendido en este contexto como autonomía plena (deber de abstención en la interferencia de su ejercicio por parte del Estado y la entidad médica) o garantía de acceso (deber positivo de actuación para el acceso a una prestación médica con alcances específicos). Este criterio ha sido aplicado tanto por organizaciones no gubernamentales globales como también organismos internacionales (entre ellos TEDH, Unión Europea, Comité de Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud, CEDAW, entre otros), los que adicionalmente revistan a la autodeterminación sexual y reproductiva bajo la categoría de derecho fundamental que debe venir acompañado al menos de una garantía de acceso (si no es por medio de autodeterminación plena) junto a un sistema de seguridad social efectivo de garantía y respeto por parte de los Estados.

Se verificó que el derecho comparado, cumpliendo con la interpretación y exigencias del Derecho Internacional, ha obedecido a este criterio derivándolo de una interpretación relacionada al derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la salud, la privacidad y la dignidad de la mujer y los padres, siendo necesario en todos un reconocimiento explícito de la referida garantía. Así sucede con Estados Unidos (con los precedentes de *Roe v. Wade* en el derecho al aborto y el sistema trimestral, *Doe v. Bolton* relativo a la voz amplia de salud para justificar la interrupción del embarazo, y *Casey* en la justificación de interés compulsivo para prohibir legislativamente la interrupción del embarazo en el tercer trimestre) y Colombia (con el reconocimiento de despenalización de causales y el derecho a la interrupción del embarazo en sentencia C-355/06 y su precisión y sub clasificación en sentencia T-732/09) por vía jurisprudencial, mientras que España (vía Ley Orgánica 2/2010), Francia (Ley *Veil* y *Kouchner*), Uruguay (Ley 18.987 y normativa complementaria), Cuba (reglamentación interna desde 1965) y Argentina (Ley 27.610) lo hacen por vía legislativa.

Chile reconocería toda esta fundamentación para dar procedencia al derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva en atención a los resuelto por el voto de mayoría de la sentencia 3729-17 del Tribunal Constitucional. Sin embargo, evidencia una notoria contradicción lógica al tomar todos estos presupuestos como premisas para negar su procedencia siendo que el concierto internacional y el derecho de los Estados extranjeros han concluido lo contrario, haciendo improcedente la acción de *wrongful birth*.

Esta contradicción lógica dentro del silogismo jurídico del Tribunal Constitucional precisado por los disidentes y previnientes no profundiza el porqué de tal conclusión, dejando un relevante vacío argumentativo que en sí mismo generaría consecuencias en la judicatura chilena. Esto se manifestaría al momento de que la falta de precisión en el derecho fundamento del eventual daño en una acción de responsabilidad quedará a la subjetividad del juez, el que puede tomar las premisas del Tribunal Constitucional y profundizar según premisas éticas que podrían fácilmente negar todo tipo de indemnización, cuestión que sería distinta en caso de reconocerse un derecho fundamental como lo es en el caso del *wrongful birth*. Se destacó en este punto que, a pesar de haber interpretaciones de otros órganos del Estado y múltiples fuentes legislativas relacionadas a la materia (como el artículo 16 d) de la CEDAW) en coherencia con la del Derecho internacional y comparado, es el Tribunal Constitucional quien es el intérprete final de la Constitución, por más cuestionable que sea función en atención a su estructura 'jurisdiccional'.

En cuarto lugar, que el razonamiento detrás de la negativa sobre la existencia de un derecho a abortar y legitimidad del daño en la acción de *wrongful birth* se basa en la idea de identificar el daño en el nacimiento de un menor discapacitado. Idea que no sería menos que 'deleznable' dado a que esta conceptualización implicaría valorar negativamente la discapacidad e ignorar la santidad de la vida bajo una objeción derivada del aborto. El sustento de esta opinión se encuentra en el Derecho Natural el cual afirma esto en base a tres pilares que se identificaron en la investigación: 1) la vida es un bien jurídico absoluto, 2) la vida independiente el estado en que se encuentre es un fin en sí mismo dada la existencia de un derecho natural que lo sustenta, siendo éste la única manera de pensar el ordenamiento jurídico, y 3) el nacimiento es un hecho que aporta alegría y belleza en el mundo.

Se verificó que cada una de las bases argumentativas cae debido a 1) que la vida es limitada por el sistema jurídico en diversos casos como la legítima defensa, la guerra, la eutanasia pasiva, entre otros casos regulados por el ordenamiento jurídico, 2) el Derecho Natural no es la única forma de pensar el derecho (existen diversas posturas hoy contemporáneas y coherentes con la realidad como el neoconstitucionalismo, feminismo, análisis económico del derecho, garantismo, entre otras), y 3) no necesariamente se debe comparar la vida con la muerte para verificar el daño, sino que la vida sana con la vida discapacitada para fundamentar correctamente la indemnización. A esto se adiciona el criterio de muchos miembros que adscriben a los principales postulados del Derecho Natural que actualmente afirman que para que esta forma de pensar el derecho sea coherente con la realidad actual, debe permitir necesariamente ciertas hipótesis donde los derechos de la mujer prevalezcan y se le permita interrumpir el embarazo. Afirmación perfectamente compatible con sus postulados base, dado que el entendimiento ético correcto sobre la santidad de la vida se da en una objeción autónoma, donde la vida es valiosa, pero no lo suficiente como para atentar contra de derechos fundamentales de otros.

Para erradicar el problema ético relativo a la santidad de la vida, se aludió por la doctrina civil a la teoría alemana de la separación la cual separa la vida como daño de la vulneración al derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer embarazada. Esta teoría es perfectamente coherente con los presupuestos de la acción de nacimiento injusto, y por eso ha sido aplicada por múltiples Estados permitiendo llevar una objeción autónoma al aborto y aun así legislarlo en favor de mujeres afectadas para finalmente constituir un daño legítimo en la acción de *wrongful birth*. Sin embargo, se comprobó que la teoría de la separación no cubre las hipótesis de *wrongful life* dado que, al erradicar el problema ético del nacimiento

como daño, no lo resuelve. Ha habido intentos de tratar directamente el problema ético de la vida como daño, pero cae en vicios relativos a la causalidad cuando intenta descifrar los problemas de ética y política pública relativos al tema.

Y, en quinto lugar, se concluyó que la jurisprudencia comparada deja en evidencia el reconocimiento de indemnización por nacimiento injusto identificando el daño en la vulneración al derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva. Para esto la investigación identificó la siguiente lógica en cada uno de los Estados analizados para dar procedencia a la indemnización por nacimiento injusto: 1) despenalización/legalización de la interrupción del embarazo sea por causales o plazos, 2) reconocimiento explícito vía jurisprudencial o legislativa del derecho fundamental a la interrupción del embarazo (autodeterminación sexual y reproductiva) en función del bloque constitucional de derechos fundamentales mencionado anteriormente, y 3) admitir (efectiva como potencialmente) la indemnización.

Se observó esta fórmula repetida en todos los Estados analizados, tanto para admitir indemnización como para rechazarla, donde se rechaza porque faltaría alguno de los elementos de la cadena para admitir la indemnización. Entre los que admiten indemnización, se menciona Estados Unidos, que por el precedente *Roe v. Wade* que influenció en *Jacobs v. Theimer* admitió indemnización, Colombia desde la sentencia C-355/06 y legislación complementaria, España con Ley Orgánica 2/2010 y STC 53/1985 que influenciaron el primer caso civil con este tipo de indemnización en STS 3999/1997 para aplicarse en el área contencioso administrativa, y Francia con la Ley *Kouchner* y legislación complementaria. Y de manera ilustrativa se mencionó Perú, dado que al no despenalizar la causal embriopática ni tampoco admitir explícitamente la autonomía sexual y reproductiva frente a una vacilante legislación, no cumple con todos los elementos de la cadena antes descrita para hacer procedente el *wrongful birth*. Por eso, esta uniformidad sistémica del tratamiento de la acción evidenció en la investigación una notoria tendencia comparada de admitir la acción de *wrongful birth*.

De todas formas no se olvidan las particularidades de cada Estado: La legislación estatal y federal de los Estados Unidos intenta limitar el precedente de *Roe v. Wade*, la falta de tribunal competente en sede civil y falta de claridad en los criterios indemnizatorios junto con la identificación del requisito de inviabilidad fetal en Colombia impiden hablar derechamente de *wrongful birth* a pesar de concurrir todos los presupuestos base y verificarse indemnizaciones en la materia, y la falta de precisión indemnizatoria y la existencia de diferencias entre la sala

civil y contencioso administrativa limitan un tratamiento jurisprudencial de la acción de *wrongful birth* en España, a pesar de ser plenamente admitida.

Este razonamiento sistémico se proyectó en Chile y se evidenció que se cumple parte de la cadena, pero en función a las conclusiones derivadas del razonamiento utilizado por el Tribunal Constitucional el año 2017, es imposible admitir explícitamente alguna dimensión de la autodeterminación sexual y reproductiva, a pesar de que la lógica legislativa y jurisprudencial de otros órganos del ordenamiento jurídico están en pro de permitir indemnización por la vulneración a la autodeterminación sexual y reproductiva. Se evidenció de todas maneras que el razonamiento del Tribunal Constitucional es contradictorio y con falta de lógica en sus propias premisas al basarse en máximas éticas fácilmente refutables para sostener el rechazo al derecho a la interrupción del embarazo, al mismo que tiempo en la falta de justificación lógica en su silogismo jurídico dado que en sus premisas se consideran todas las herramientas y argumentos (del Derecho Internacional y comparado) para admitir un derecho fundamental a la interrupción del embarazo y aun así en la conclusión derechamente rechazarla.

Producto a esto, se puede tener como conclusión general respondiendo directamente al título de esta investigación que si bien la ley 21.030 abre la posibilidad de legitimar algún tipo de daño por error de diagnóstico u omisión de éste obstaculizando el acceso a la prestación médica de la interrupción del embarazo, no puede ser aplicable la acción de *wrongful birth* en Chile dado que falta un requisito esencial para la procedencia de esta acción en lo que en legitimidad del daño respecta: reconocimiento explícito del derecho fundamental a la autodeterminación sexual y reproductiva, habiendo en cambio una negativa expresa a ese reconocimiento por la judicatura constitucional chilena. De todas formas, esta negativa carece de justificación lógica, es anacrónica y contraria a los criterios que son masivamente aplicados por el concierto internacional, el Derecho comparado y otros órganos del mismo ordenamiento jurídico chileno. Con esto no se excluye que este razonamiento podría ser modificable con sustento y facilidad con tal de que del Tribunal Constitucional emane un nuevo precedente, o se dé paso a una nueva legislación coherente a los tratados que Chile en efecto suscribe. Y, aun así, si el mismo tribunal en comento vela por la certeza jurídica de la Carta Fundamental, ella no puede ir contra una poderosa tendencia de sistemas similares en búsqueda de la íntegra de protección de los derechos humanos de toda persona: entre ellos el postergado reconocimiento de la autodeterminación de la persona en temas relacionados a la sexualidad y reproducción.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Libros y capítulos de libros

1. ATRIA, F. 2016. *La forma del derecho*. Madrid, Marcial Pons. 500p. (Colección Filosofía y Derecho).
2. BARROS BOURIÉ, E. 2010. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1232p.
3. BERTELSEN SIMONETTI, S y GARCÍA PALOMINOS, G. 2015. *La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos*. En: AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M y BERTELSEN SIMONETTI, S (Ed.). *El aborto: perspectivas filosófica, jurídica y médica*. 27ª ed. Santiago de Chile, Universidad de los Andes Facultad de Derecho. pp.177-201. (Serie Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes).
4. CONTRERAS, S y VERGARA, D. 2015. *Aborto, embarazo ectópico y ética de la ley natural*. En: AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M y BERTELSEN SIMONETTI, S (Ed.). *El aborto: perspectivas filosófica, jurídica y médica*. 27ª ed. Santiago de Chile, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. pp.49-65. (Serie Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes).
5. CORRAL TALCIANI, H. 2003. *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile, Thomson Reuters Legal Publishing. 498p.
6. CORRAL TALCIANI, H. 2013. *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*. 2ª ed. Santiago de Chile, Thomson Reuters Legal Publishing. 498p.
7. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. 1989. *La responsabilidad civil*. Bilbao: Publicaciones Universidad de Deusto. 392p.
8. DWORKIN, R. 1994. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona, Ariel. 360p.
9. HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2016. *La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causales de justificación*. En: CASAS BECERRA, L y LAWSON,

- D (Comp.). Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile. Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. pp.229-260.
10. LLAJA VILLENA, J y ARANDA, W y ESCRIBENS, P. 2010. *Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos en el Perú: Informe para el cumplimiento de la CEDAW*. Lima, AECI Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y Agencia Española par Cooperación Internacional y Desarrollo. 15p.
 11. MIRANDA MONTECINOS, A. 2015. La injusticia del aborto inducido. En: AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M y BERTELSEN SIMONETTI, S (Ed.). *El aborto: perspectivas filosófica, jurídica y médica*. 27ª ed. Santiago de Chile, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. pp.29-48. (Serie Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes).
 12. PAPAYANIS, D. 2014. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid. España, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 394 p. (Colección Filosofía y Derecho).
 13. PIZARRO WILSON, C. 2017. *Responsabilidad Civil Médica*. Santiago de Chile, Legal Publishing Thomson Reuters. 216p.
 14. POLITOFF, S y MATUS, J.P y RAMÍREZ, M.C. 2003. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 616p.
 15. RUIZ-TAGLE VIAL, P. 2013. *Pensar el Derecho*. En: UNA VIDA EN la universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés. Por Fernando Atria “et al” (Eds.). Santiago de Chile, Thomson Reuters La Ley. pp.643-712.
 16. SCHENCK, M. 2013. *El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*. Montevideo Uruguay, MIDES. 45p. (Serie Cuadernillos DESC+A: Cristalizando Derechos).

Artículos de revista académica

17. AMERICAN HEALTH LAWYERS ASSOCIATION. 1986. Wrongful birth: wrongful birth action based on negligent genetic counseling. *Journal of Health* 19(8): 7.

18. BASCUÑÁN RODRIGUEZ, A. 2004. La ilicitud del aborto consentido en el Derecho Chileno. *Revista Derecho y Humanidades* (10): 143-181.
19. CARREÑO PÁVEZ, G y JARAQUEMADA ROBLERO, J. 2010. La fuerza vinculante de las sentencias constitucionales y el reconocimiento de derechos fundamentales: a propósito de la ley sobre regulación de la fertilidad. *Revista Chilena de Derecho* 37(2): 405-419.
20. CORREA HENAO, N.R. 1987. Del control de constitucionalidad en Estados Unidos y Europa. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, vol. 78: 145-156.
21. CORRAL TALCIANI, H. 2010. La existencia de toda persona principia al nacer: una nueva lectura para una vieja norma. *Revista de Ciencias Sociales*, vol.56: 311-326.
22. ELIZARI URTASUN, L. 2010. El Daño en las Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life. *Derecho y Salud*, vol. 19: 139-163.
23. FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. 2017. El nacimiento como una nueva frontera de la responsabilidad médica: reflexión desde el derecho colombiano. *Revista de Derecho (Valdivia)* 30(2): 317-337.
24. KIMBLE, B. 1994. Wrongful Birth: A Practitioner's Guide to a New Arrival. *The Alabama Lawyer* 55(2): 84-91.
25. MACÍA MORILLO, A. 2009. Panorama de la Responsabilidad Civil de los profesionales sanitario por wrongful birth y wrongful life. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 12: 167-206.
26. MM, T.R. 1994. Casenotes; wrongful birth: Alabama recognizes wrongful birth cause of action. *Journal of Health Law* 7(2): 64.
27. MONDACA, A. y AEDO, C. y COLEMAN, L. 2015. Panorama comparado de wrongful life, wrongful birth y wrongful conception: Su posible aplicación en el Derecho chileno. *Revista Ius et Praxis* 21(1): 19-56.

28. MONTERO, A. 2015. El derecho a la vida: su problemática en el Uruguay de hoy. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 27: 137-160.
29. OSSANDÓN WIDOW, M.M. 2012. Aborto y justificación. *Revista Chilena de Derecho* 39(2): 325-369.
30. PIZARRO WILSON, C. 2015. En oposición al consentimiento hipotético informado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (44): 97-120.
31. ROLDÁN, F. 2015. El derecho a la salud e interrupción voluntaria del embarazo. *Publicación de la Red Universitaria sobre derechos humanos y democratización para américa latina*, vol. 7: 119-139.
32. ROMERO COLOMA, A.M. 2010. Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español: especial referencia a la responsabilidad médica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 722: 2559-2608.
33. SHAPIRO, I. 2007. El derecho constitucional del aborto en estados unidos: una introducción. Traducido por Hugo O. Seleme, Cristián A. Fatauros y Natalia Arrengue. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 31: 437-463.
34. TAPIA RODRIGUEZ, M. 2003. Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 15: 75-111.
35. TORRES DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, V. 2017. Responsabilidad por nacimiento evitable (*wrongful birth*) y discapacidad. *Revista de Administración Pública*, vol. 203: 89-136.
36. VICANDI MARTÍNEZ, A. 2013. El concepto de wrongful birth y su inherente problemática: una polémica de pasado y presente. *Revista de Derecho Empresa y Sociedad*, vol. 3: 40-59.
37. WILENMANN, J. 2013. El consentimiento de la mujer y el sistema de del delito de aborto. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 40: 281-319.

38. ZAPATA LARRAÍN, P. 1998. Persona y embrión humano: nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15: 375-389
39. ZELAYA, P. 1997. Responsabilidad civil de hospitales y clínica: modernas tendencias jurisprudenciales. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 65(201): 11-58.
40. ZÚÑIGA FAJURI, A. 2011. Aborto y derechos humanos. *Revista de Derecho (Valdivia)* 24(2): 375-389.

Informes en Derecho

41. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe de la CmiDH, Fondo, *Grete Artavia Murillo y Otros (Fertilización in vitro)*, Costa Rica, N° 85/10, Caso 12.361, 2010 CmiDH. [en línea] <<https://www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf>> [fecha de consulta: 11 noviembre 2018]
42. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe de la CmiDH, *Medida Cautelar, "Amelia"*, Nicaragua, MC N° 43/10, 2010 CmiDH. [en línea] <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10493.pdf>> [consulta: 11 noviembre 2018]
43. GÓMEZ BERNALES, G. 2015. *Informe: sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*. [en línea] Santiago de Chile. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=65187> [consulta: 5 julio 2018]
44. INFORME EN DERECHO *relativo al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atravia y su influencia en la Constitucionalidad del proyecto de ley denominado 'que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales'*. 2017. Por Soledad Bertelsen "et.al". [en línea] Santiago de Chile. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=65371> [consulta: 5 julio 2018]

45. PEÑA, C. 2017. *Informe en Derecho: sobre la admisibilidad de la permisión del aborto por parte del legislador*. [en línea] Santiago de Chile. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=65204> [consulta: 5 julio 2018]
46. UNDURRAGA VALDÉS, V. 2015. *Informe en Derecho: Análisis de aspectos constitucionales relevantes para la discusión de la regulación de las causales de interrupción legal del embarazo*. [en línea] Santiago de Chile. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=65154> [consulta: 6 julio 2018]

Fuentes en línea, formato electrónico y base de datos

47. AMNISTÍA INTERNACIONAL ARGENTINA. 2015. *Elección, Decisión, y Autodeterminación*. [en línea] <<http://www.midecision.org/modulo/eleccion-autonomia-autodeterminacion/>> [consulta: 28 octubre 2018]
48. CORRAL TALCIANI, H. 2017. *Ley de aborto y responsabilidad civil: ¿casos de wrongful birth y wrongful life en Chile?* [en línea] El Mercurio Legal. 8 de noviembre, 2017. <<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?disp=1>> [consulta: 3 abril 2018]
49. DAVENTRY, M, GUIDARA, A y OLAVARIO, D. 2020. Las protestas sobre el aborto en Polonia revelan un profunda cisma en la sociedad [en línea] <<https://es.euronews.com/2020/12/01/las-protestas-sobre-el-aborto-en-polonia-revelan-un-profundo-cisma-en-la-sociedad>> [consulta: 10 diciembre 2020]
50. GARCÍA HUAYAMA, J.C. 2012. Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: las acciones de *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongful life* (vida injusta). [en línea] *Revista Derecho y Cambio Social* 9(29) <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5493232>> [consulta: 15 septiembre 2018]

51. GARCÍA HUAYAMA, J.C. 2014. Para amparar las acciones de wrongful birth es necesario que el aborto eugenésico se encuentre permitido por el ordenamiento jurídico. [en línea] *Revista Derecho y Cambio Social*, vol. 35 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5472560.pdf>> [consulta: 16 septiembre 2018]
52. GUERRERO, A. 2020. En Cuba, el aborto legal, seguro y gratuito no es suficiente [en línea] <<https://www.programacuba.com/en-cuba-el-aborto-legal-seguro-y-gr>> [consulta: 3 enero 2021]
53. GOLD, S. 1996. An equality approach to wrongful birth statutes. [en línea] *Fordham Law Review* 65(3): 1005-1041 <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss3/5>> [consulta: 15 octubre 2018]
54. GRANADOS CHAPA, M.A. 2007. El aborto ya no será delito. [en línea] <<https://www.proceso.com.mx/92943/el-aborto-ya-no-sera-delito>> [consulta: 25 enero 2018]
55. LEIVA, L y VIDAL, A. 2018. Minsal registra 11 abortos por las tres causales en seis meses. [en línea] *La Tercera en Internet*. 1 de abril, 2018. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/minsal-registra-111-abortos-las-tres-causales-seis-meses/118836/>> [consulta: 3 abril 2018]
56. MURPHY, P. 2011. *New York Court of Appeals says parents can sue for wrongful birth*. [en línea] <<http://lawyersusaonline.com/blog/2011/02/21/parents-can-sue-for-wrongful-birth/>> [consulta: 14 febrero 2019]
57. SÁNCHEZ, R. 2018. Polonia: último bastión contra el aborto. [en línea] <https://www.abc.es/sociedad/abci-polonia-ultimo-bastion-contra-aborto-201805262139_noticia.html> [consulta: 11 noviembre 2018]
58. SEN, C. 2020. 16 y 17 años: aborto sin permiso paterno [en línea] <<https://www.lavanguardia.com/vida/20201008/483925856618/menor-aborto-permiso-paterno.html>> [consulta: 20 diciembre 2020]
59. SCHENCK, M. [s.a.]. La disputa por los derechos: la interrupción voluntaria del embarazo en Uruguay [en línea] <<http://cienciassociales.edu.uy/wp->

<content/uploads/sites/4/2015/02/SCHENCK-Marcela-La-disputa-por-los-derechos.pdf>> [consulta: 11 junio 2018]

60. UGARTE SALINAS, G. 2008. Requisitos comunes del daño como elemento de la indemnización de perjuicios. En: GUZMÁN BRITO, A (Ed.). Estudios de Derecho Civil III: Jornadas de Derecho Civil Valparaíso 2007. [base de datos en línea] Santiago de Chile: Thomson Reuters. Sexta Parte. Disponible en: <www.westlaw.cl> cita online: CL/DOC/727/2011. [consulta: 22 septiembre 2018]

Seminarios y ponencias

61. PACHECO JIMÉNEZ, M.N. 2011. *Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad médica*. En: Seminario Permanente de Ciencias Sociales. Cuenca. España, Facultad de Ciencias Sociales de la Cuenca, 16 p.
62. COLOQUIO PROBLEMAS *de la responsabilidad civil responsabilidad civil médica en el derecho alemán, francés y chileno: wrongful birth, wrongful birth, aborto, negligencia médica*. 2018. Por Hugo Cárdenas "et al". [grabación inédita]. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Legislación

Nacional

63. CHILE. Ministerio de Salud Pública. 1968. Decreto con Fuerza de Ley 725: Código Sanitario, *Diario Oficial*, 31 de enero 1968, núm.26936. 56 p.
64. CHILE. Ministerio de Salud. 2012. Ley 20584: que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, *Diario Oficial*, 24 de abril de 2012, núm. 40425. 16 p.
65. CHILE. Ministerio de Salud. 2017. Ley 21030: regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, *Diario Oficial*, 23 de septiembre 2017, núm. 41886. 5p.
66. CHILE. Código Penal de la República de Chile. 14 de noviembre de 1874. 151p.
67. CHILE. Norma General Técnica 197. 2018. Norma técnica nacional: Acompañamiento y atención integral a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales que regula la ley 21.030. Santiago de Chile, Ministerio de Salud, 2 de febrero 2018. 200p.

Extranjera

68. ARGENTINA. Ley 27.610 de 15 de enero, de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Boletín oficial, 15 de enero de 2021, núm. 34562.
69. COLOMBIA. Decreto 2591, de 19 de noviembre, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. *Diario Oficial*, 19 de noviembre de 1991, núm. 40165.
70. COLOMBIA. Ley 599 de 24 de julio, que regula el Código Penal Colombiano. *Diario Oficial*, 24 de julio del 2000, núm. 40097.

71. COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. Decreto 4444, de 13 de diciembre, por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva. *Diario Oficial*, 13 de diciembre de 2006, núm. 46481.
72. COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 4905, de 14 de diciembre, por la cual se adopta la Norma Técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo-IVE-. *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 2006, núm. 46491.
73. COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. Ley estatutaria 1751, de 16 de febrero, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 16 de febrero de 2015, núm. 48427.
74. FRANCIA. Asamblea Nacional. 1975. Ley 75-17, de 18 de enero, relativa a la interrupción voluntaria del embarazo. *Diario Oficial de la República Francesa*, 18 de enero de 1975, pp.739-741.
75. FRANCIA. Ley 2002-303, de 4 de marzo, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud. *Diario Oficial de la República Francesa*, 5 de marzo de 2002, núm. 54, pp.4118-4159.
76. FRANCIA. Asamblea Nacional. 2014. Resolución 2360 que regula pequeña ley que reafirma el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en Francia y Europa. [en línea] 26 noviembre 2014. [consultado el 15 de octubre de 2018]. Disponible en <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0433.asp>>
77. PERÚ. Decreto legislativo 635, de 4 de marzo, que regula el Código Penal de la República del Perú. *Diario Oficial "El Peruano"*, 4 de agosto de 1991.
78. PERÚ. Ministerio de Salud. Resolución ministerial 536-2005, de 14 de julio, que aprueba la norma técnica de planificación familiar. *Diario Oficial "El Peruano"*, 18 de julio de 2005, p. 297081.
79. PERÚ. Norma técnica 032-MINSA/DGSP-V.01. 2005. Norma técnica de planificación familiar. Lima, Ministerio de Salud. 94 p.
80. PERÚ. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Decreto Supremo 009-2005, de 12 de septiembre, que aprueba Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades para

Mujeres y Varones 2006-2010. *Diario Oficial "El Peruano"*, 15 de septiembre de 2005, p.300282.

81. PERÚ. Ley 28983, de 16 de marzo, de igualdad de oportunidades entre oportunidades entre mujeres y hombres. *Diario Oficial "El Peruano"*, 16 de marzo de 2007, pp. 341606-341608.
82. URUGUAY. Ministerio de Salud Pública. Ley 18987, de 22 de octubre, sobre la interrupción voluntaria del embarazo (ley de aborto). *Repertorio Nacional de Leyes y Decretos*, 30 de octubre de 2012, tomo 1 sem.2 año 2012 p.1125.

Internacional

83. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. Promulgado en Chile por Decreto 786, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 9 de diciembre de 1989, núm. 33.542, pp.8365-8368.

Comunicaciones y recomendaciones de organismos internacionales

84. UNION EUROPEA. Resolución 2017/2931 del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2017, sobre la situación del Estado de Derecho y de la democracia en Polonia. *Diario Oficial de la Unión Europea* C 356, 4 de octubre de 2018, pp. 44-50.

Jurisprudencia

Nacional

85. CHILE. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea], sentencia rol 740-07 de 18 de abril de 2008 [consulta: 21 de mayo de 2018]. Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=914>

86. CHILE. Tribunal Constitucional (Segunda Sala) [en línea], sentencia rol 1881-10-INA de 3 de noviembre de 2011 [consulta: 15 de octubre de 2018]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=2213>
87. CHILE. Juzgado de Letras de Castro [en línea], sentencia rol 1719-2012 de 20 de noviembre de 2014 [consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: <www.pjud.cl>
88. CHILE. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea], sentencia rol 3729-17 de 28 de agosto [consulta: 20 de abril de 2018]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=3515>
89. CHILE. Contraloría General de la República [en línea], dictamen 11781 de 9 de mayo de 2018 [consulta: 21 de mayo de 2018]. Disponible en: <<https://www.contraloria.cl/mesaprueba/842577F8004BAD41/0/FDAFA3C7D79E17B903258288006BFAF9>>

Extranjera

90. ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal Alemán (Pleno) [en línea], sentencia BVerfGE 39 de 25 de febrero de 1975 [consulta: 5 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038>
91. ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal Alemán (Segunda Sala) [en línea], Sentencia BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993 [consulta: 5 de octubre de 2018]. Disponible en: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>>
92. COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Pleno) [en línea], sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006 [consulta: 17 de mayo de 2018]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>>
93. COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Octava Sala) [en línea], sentencia T-732/09 de 15 de octubre de 2009 [consulta: 17 de mayo de 2018]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-732-09.htm>>

94. COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Octava de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-083/10 de 11 de febrero de 2010 [consulta: 24 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-083-10.htm>>
95. COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana (Octava Sala) [en línea], sentencia T-585/10 de 22 de julio de 2010 [consulta: 20 de enero de 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-585-10.htm>>
96. COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Octava de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-841/11 de 3 de noviembre de 2011 [consulta: 2 de enero de 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-841-11.htm>>
97. COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Cuarta de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-959/11 de 16 de diciembre de 2011 [consulta: 24 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-959-11.htm>>
98. COLOMBIA. Corte Constitucional. (Sala Cuarta de Revisión) [en línea], sentencia núm. T-301/16 de 9 de junio de 2016 [consulta: 20 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-301-16.htm>>
99. ESPAÑA. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea], sentencia núm. 53/1985 de 11 de abril [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433#complete_resolucion&completa>
100. ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 3999/1997 de 6 de junio [consulta: 24 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=attach=TS&reference=2942400&links=responsabilidad%20medica&optimize=20031203&publicinterface=true>>
101. ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª) [en línea], sentencia núm. 5418/2006 de 30 de junio [consulta: 10 agosto 2018]. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=attach=TS&reference=703421&links=&optimize=20061011&publicinterface=true>>

102. ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 5536/2008 de 24 de octubre [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3341759&links=%221894/2003%22&optimize=20081113&publicinterface=true>>
103. ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 6363/2010 de 4 de noviembre [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5804575&links=&optimize=20101223&publicinterface=true>>
104. ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 1136/2013 de 14 de marzo [consulta: 17 enero 2019]. Disponible <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6668727&links=&optimize=20130403&publicinterface=true>>
105. ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [en línea], sentencia núm. 724/2018 de 6 de marzo [consulta: 17 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8322052&links=&optimize=20180316&publicinterface=true>>
106. ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Nueva Jersey [en línea], sentencia caso “*Gleitman v. Cosgrove*”, núm. U.S. Report 227 A.2d 689 de 6 de marzo de 1967 [consulta: 15 octubre 2018]. Disponible en: <<https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>>
107. ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Estados Unidos [en línea], sentencia caso “*Roe v. Wade*”, núm. U.S. Report: 410 U.S. 113 de 21 de enero de 1973 [consulta: 21 enero 2019]. Disponible en: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>
108. ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Estados Unidos [en línea], sentencia caso “*Doe v. Bolton*”, núm. U.S. Report: 410 U.S. 179, docket num. 70-40 de 22 de enero de 1973 [consulta: 21 enero 2019]. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/179>>

109. ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Texas [en línea], sentencia caso “*Jacobs v. Theimer*”, núm. U.S. Report 519 S.W.2d 846. Court num. B-4583 de 19 de febrero de 1975 [consulta: 16 de octubre de 2018]. Disponible en: <<https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1975/b-4583-0.html>>
110. ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Estados Unidos [en línea], sentencia caso “*Maher v. Roe*”, núm. U.S. Report: 432 U.S. 464, docket num. 75-1440 de 20 de junio de 1977 [consulta: 22 enero 2019]. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/432/464>>
111. ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Estados Unidos [en línea], sentencia caso “*Bellotti v. Baird*”, núm. U.S. Report: 443 U.S. 622, docket. num. 78-329 de 2 de julio de 1979 [consulta: 22 enero 2019]. Disponible en: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/443/622.html>>
112. ESTADOS UNIDOS. Corte de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Medio de Carolina del Norte [en línea], sentencia caso “*Gallagher v. Duke University*”, núm. U.S. Report 638 F. Supp. 979. Court num. C-84-535-D de 30 de junio de 1986 [consulta: 16 de octubre de 2018]. Disponible en: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/638/979/1490438/>>
113. ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Estados Unidos [en línea], sentencia caso “*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*”, núm. U.S. Report: 505 US 833, docket num. 91-74 de 29 de julio de 1992 [consulta: 23 enero 2019]. Disponible en: <<https://www.oyez.org/cases/1991/91-744>>
114. ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Alabama [en línea], sentencia caso “*Keel v. Banach*”, núm. U.S. Report 624 So. 2d 1022. Docket num.1920471 de 16 de julio de 1993 [consulta: 17 de octubre de 2018]. Disponible en: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1113758/keel-v-banach/>>
115. ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York [en línea], sentencia caso “*Foote v. Albany Med. Ctr. Hosp.*”, núm. U.S. Report 16 N.Y.3d 211 de 15 de febrero de 2011 [consulta: 2 de mayo de 2018]. Disponible en: <<https://casetext.com/case/foote-v-albany-med-1>>

116. PERÚ. Corte Superior de Justicia de Tacna (Primera Sala Civil) [en línea], sentencia de expediente 00001-2013-0-2301-SP-CI-01 de 12 de julio de 2013 [consulta: 17 de enero de 2019]. Disponible en: <<https://cej.pj.gob.pe>>

Internacional

117. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 4ª). Caso Tysiac v. Poland. Sentencia de 20 de marzo de 2007.

118. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Gran Sala). Caso A, B y C v. Ireland. Sentencia de 16 de diciembre de 2010.

119. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 4ª). Caso R.R. v. Poland. Sentencia de 16 de mayo de 2011.

ANEXO: ABREVIATURAS

Se indican en el siguiente anexo las abreviaturas utilizadas a lo largo de la investigación para así dar mayor comprensión al texto del trabajo en su integridad como en notas al pie y referencias bibliográficas.

CEDAW	Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
CmIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Comp.	Compilación o compiladores.
Court. Num.	court number o Número de Corte (Estados Unidos).
CS	Código Sanitario.
Docket Num.	Docket number o número de expediente (Estados Unidos).
Ed.	Edición o editores.
EPS	Entidad Prestadora de Salud.
Ibíd.	Ibídem: allí mismo o en el mismo lugar, en la misma obra.
IVE	Interrupción Voluntaria del Embarazo.
LO	Ley Orgánica.
Núm.	Número.
Núm. U.S. Report.	Número U.S. Report para la citación estandarizada de decisiones de la Corte Suprema (Estados Unidos).
Op. cit.	Obra ya citada del mismo autor.
p. o pp.	Página o páginas.
s.a.	Sin año.
Sem.	Semestre.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España).
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Trad.	Traductor.
Vol.	Volumen.
(...)	Continuación de texto de una cita que es innecesario transcribir en su integridad.