**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

# EL DAÑO DE NACER: ¿ES EL WRONGFUL CONCEPTION UNA HIPÓTESIS DE DAÑO PATRIMONIAL?

VALENTINA PAZ MUÑOZ LACOSTE

INFORME JURÍDICO

PROFESORA TUTORA:

MARÍA ELISA MORALES ORTIZ

**VALDIVIA, CHILE**

**2023**

**Índice**

**I. Abreviaturas**

**II. Sumario**

**III. Preámbulo**

**IV. Marco conceptual**

1. Concepto de daño
2. Concepto de *wrongful conception*

**V. Análisis doctrinal y jurisprudencial del *wrongful conception* como daño indemnizable**

1. No es daño
2. Es daño

**VI. Naturaleza del daño causado producto de la falla de pastillas anticonceptivas**

1. Daño emergente
2. Daño emergente futuro

**VII. Conclusiones**

**VIII. Bibliografía**

## I. Abreviaturas

| | |
|---|---|
| Artículo, artículos | art., arts. |
| Código Civil | CC, el Código |
| Inciso | inc. |

## II. Sumario

El objetivo de este informe será determinar si el nacimiento de un hijo sano producto de la distribución de pastillas anticonceptivas orales defectuosas (uno de los casos de *wrongful conception*) puede ser entendido como una hipótesis de daño patrimonial, específicamente de daño emergente y/o daño emergente futuro. El derecho de consumo, a la luz de los casos de Anulette CD y Minengest 15 y 20, ha brindado posibles soluciones a este problema desde la perspectiva de los productos sanitarios defectuosos. Sin embargo, existe amplia discusión, tanto doctrinal como jurisprudencial, respecto a si es posible encasillar estos nacimientos – no deseados – como una clase de daño patrimonial, indemnizable en sede de responsabilidad civil.

## III. Preámbulo

Se me ha solicitado la realización de un informe en derecho sobre la plausibilidad de la configuración del daño emergente y daño emergente futuro por el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado, producto de la comercialización de pastillas anticonceptivas orales defectuosas. Esta problemática se ha conceptualizado por la doctrina comparada bajo el término *wrongful conception*, que pretende encasillarla como una clase de daño resarcible.

Entre los años 2020 y 2023, el Instituto de Salud Pública emitió una serie de alertas farmacéuticas ordenando el retiro de circulación de lotes de diversas marcas de pastillas anticonceptivas catalogadas como defectuosas. Dentro de estas se encuentran los casos Ciclomex CD, Minigest-15 y Minigest-20. Sin embargo, el más paradigmático de estos es el de pastillas Anulette CD, caso en que la detección de los lotes defectuosos B20034A y B20035A fue, como mínimo, inoportuna. Así, al momento de la emisión de la alerta, ya se habían distribuido 27.689 unidades que, posteriormente, provocaron alrededor de 240 embarazos no deseados[1].

Debido a esto, actualmente ha cobrado gran relevancia la discusión sobre las consecuencias jurídicas que pudieran provocar los nacimientos producto de la distribución de anticoncepción defectuosa. Desde la perspectiva del derecho del consumo, se contemplan diversos procedimientos para que las usuarias busquen soluciones en tanto consumidoras finales. Sin embargo, paralelamente, resulta importante resolver las dudas que surgen en sede de derecho común, específicamente en materia de responsabilidad civil.

Así, la responsabilidad civil, como concepto, consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar los daños causados a otra[2]. Por tanto, el daño, entendido como presupuesto esencial de la responsabilidad, resulta el eje directo para identificar si un hecho determinado podría ser resarcible[3]. En este sentido, es amplia la discusión sobre si el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado, producto de la comercialización de pastillas anticonceptivas orales defectuosas puede ser entendida como una hipótesis de daño patrimonial, eventualmente indemnizable en sede de responsabilidad civil[4].

---

[1] Corporación Miles, 2023, p. 26-27.
[2] ABELIUK, 2009, p. 808.
[3] BARROS, 2020, p. 223.
[4] CÁRDENAS y SÁNCHEZ, 2018.

Por esto, el objetivo principal de este informe es analizar si es posible aplicar las categorías de daño patrimonial, específicamente daño emergente y daño emergente futuro, a aquellos nacimientos no deseados producidos por la distribución comercial de pastillas orales anticonceptivas defectuosas. Para ello, he estructurado el informe de la manera que se señala a continuación.

En primer lugar, se realizará un marco teórico conceptual que permita entender los conceptos clave que se tratarán en el informe, es decir, los de daño patrimonial y *wrongful conception*. En segundo lugar, se analizarán las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre el *wrongful conception* como daño. Finalmente, asumiendo que existe daño, se determinará la naturaleza del daño causado producto de la falla de pastillas anticonceptivas, específicamente, si es posible la aplicación de los conceptos de daño emergente y/o daño emergente futuro.

## IV. Marco conceptual

Este capítulo pretende brindar un somero acercamiento a aquellos conceptos esenciales que serán analizados en este informe.

### 1. Concepto de daño

El CC no ha contemplado una definición del vocablo «daño», a pesar de ser utilizado en numerosas ocasiones. Por esto, han sido numerosas las construcciones interpretativas realizadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para lograr un acercamiento conceptual a su voz. Sin embargo, se ha entendido de forma casi unánime que el CC ha contemplado al daño reparable como aquel que implica la lesión de un interés legítimo, distanciándose así de la postura restringida que lo sujeta al requisito de tener que acreditar la lesión de un derecho subjetivo determinado. De esta forma, la doctrina moderna define al daño, perjuicio o menoscabo como la "lesión o afectación, sea de un derecho subjetivo reconocido formalmente, sea de un interés en la satisfacción de necesidades o bienes humanos de carácter privado"[5].

Existen dos grandes categorías de daño, pero para los efectos de este informe, se dará cuenta únicamente del daño patrimonial. Así las cosas, daño patrimonial es aquel que consiste en una pérdida pecuniaria producto del hecho dañoso[6]. Esta disminución patrimonial puede, a su vez,

[5] CORRAL, 2011, p. 140.
[6] BARROS, 2020, p. 239.

subdividirse en otras dos clases de daño, según el art. 1556 del CC: daño emergente y lucro cesante. Según Corral, el daño emergente es la pérdida actual sufrida en el patrimonio, mientras que el lucro cesante es la frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber existido el hecho dañoso[7]. Es importante señalar que el daño emergente contempla una esfera presente y futura, es decir, opera sobre el daño ya existente en el patrimonio del damnificado y sobre el que aún no se ha producido, pero que ciertamente ocurrirá siguiendo la proyección natural de un estado actual de las cosas[8].

El daño, también, es entendido como el presupuesto esencial, objeto y condición de la responsabilidad civil. Esto se debe a que, en principio, no hay responsabilidad civil si no se ha producido daño[9] y que el objeto del juicio de responsabilidad es la reparación del daño que se ha causado[10]. Con todo, es importante hacer una salvedad: no todo daño es resarcible en sede de responsabilidad civil y, por tanto, no todo daño puede ser reparado por la indemnización de perjuicios. Esto se debe a que el daño, para ser indemnizable, debe ser jurídicamente relevante. Al respecto, la doctrina ha consensuado que esta relevancia se sigue de los siguientes requisitos[11]:

1. Certeza del daño
2. Relación directa entre el daño y el hecho ilícito
3. Previsibilidad del daño
4. Subsistencia del daño
5. Magnitud suficiente

La certeza del daño será uno de los elementos centrales de este informe, toda vez que se analizará desde la perspectiva concreta del daño emergente y el daño emergente futuro.

2. Concepto de *wrongful conception*

El término «*wrongful conception*» proviene del inglés y significa, de forma literal, concepción injusta[12]. Esta es una de las tres hipótesis que ha planteado el derecho comparado a propósito de la negligencia médica en los casos del nacimiento de un menor.

[7] CORRAL, 2011, p. 148.
[8] BARROS, 2020, p. 245.
[9] Siendo excepción a esta regla el daño contingente, el cual no será tratado en este informe.
[10] BARROS, 2020, pp. 223-224.
[11] CORRAL, 2011, pp. 141-146.
[12] MUNITA, 2017, p. 102.

Dogmáticamente, se han evidenciado dos situaciones en las que se presenta el *wrongful conception*. En la primera, se entiende que habrá *wrongful conception* si se produjo la concepción y el posterior nacimiento de un menor sano producto del defecto de un método de anticoncepción aplicado directamente por los progenitores. Mientras que, en la segunda, se contempla la situación en que se produce el nacimiento de un menor, a pesar de que se ha llevado a cabo una esterilización practicada por un médico con el fin de impedir de forma definitiva la concepción[13]. La diferencia entre ambas radica, por tanto, en la intervención o no de un médico en la aplicación del método anticonceptivo que, eventualmente, falla y provoca un embarazo no deseado.

Así las cosas, el punto central del *wrongful conception* consiste, en términos simples, en el perjuicio o daño atingente al nacimiento de un ser humano. Debido a esto, es un tema especialmente controvertido de tratar, pues propone hacer admisible la demanda por perjuicios sobre la base de un embarazo no deseado y que, de hecho, se había tratado de evitar, siendo este nacimiento el daño sobre el que se fundamenta la acción[14]. Sin embargo, aún no existe consenso sobre la esfera de ese detrimento y su extensión.

## V. Análisis doctrinal y jurisprudencial del *wrongful conception* como daño indemnizable en Chile

Es claro que existe una gran controversia de índole moral sobre la existencia misma de este término que, como ya se explicó, plantea entender al nacimiento de una vida como una clase de daño[15]. Así, es problemático determinar de forma categórica si el *wrongful conception* es un menoscabo o no para la madre. Por esto, es necesario dar cuenta de las distintas perspectivas que han desarrollado los intérpretes del derecho sobre si la concepción y posterior nacimiento de un hijo sano, pero no deseado, puede ser considerado como una pérdida resarcible en sede de responsabilidad civil, o si, de plano, es imposible entender a la vida como una hipótesis de menoscabo patrimonial.

### 1. No es daño

La doctrina y jurisprudencia nacional han sido vacilantes en tratar de abordar esta problemática. Es así como, entre los autores chilenos, ninguno se ha mostrado de forma explícita a favor de que

[13] MONDACA ET AL, 2015.
[14] MACÍA, 2007, p. 9.
[15] MACÍA, 2007, p. 21.

el *wrongful conception* sea una clase de daño resarcible[16]. A la luz del concepto que se está tratando, parece ser de total obviedad, pues plantea una discusión que se inmiscuye en los ámbitos más importantes de la moral y la religión: la vida y su valor, incluso antes del nacimiento.

Aun así, la postura que plantea que el *wrongful conception* no es una hipótesis de daño es comprendida, a todas luces, como conservadora o restringida, y cuyo enfoque se centra más en una discusión ético-moral que jurídica[17]. Así, se suele plantear desde la vereda del dogma judeocristiano y está directamente relacionada con las posturas más tradicionales sobre la vida. Debido a esto, posee un enfoque doctrinal bastante similar a las tesis que contemplan la criminalización del aborto en todas sus causales[18].

En este sentido, en nuestra tradición jurídica existe, desde los mismos cimientos que desarrollaron la Constitución, una concepción de la vida y del que está por nacer como objeto de protección sagrada según el orden cristiano. La vida y, más específicamente, el nacimiento de un niño está en una esfera de protección especial por la Constitución, por lo que jamás podría entenderse como un daño; sería una idea incompatible y contradictoria en sí misma[19].

En la misma línea, Corral reflexiona sobre el panorama que esta problemática supone en el derecho de daños. Señala, así, que "el planteamiento de estos casos pone de manifiesto el desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad esencial como un fin en sí, que exige respeto incondicionado y está por encima de todo análisis utilitarista"[20]. De esta forma, el autor agrega que: "Un hijo es siempre un don, no una carga […]. Tampoco la propia existencia puede ser considerada como un daño: no se puede comparar, ni es admisible que alguien lo plantee, la no existencia con la existencia. Si la vida humana es un valor fundamental de todo sistema jurídico civilizado, su conceptualización como daño reparable no puede ser sino un síntoma de barbarie"[21].

Corral ahonda aún más en su postura desde la perspectiva de la teoría humanística. En este sentido, señala que dicha tesis defiende la idea de que todo ser humano es valioso objetiva e

[16] CÁRDENAS y SÁNCHEZ, 2018.
[17] MACÍA, 2009.
[18] MONDACA et al, 2015.
[19] Comisión de estudios de la nueva constitución de la república de chile, 1974, p. 121.
[20] CORRAL, 2011, p. 162.
[21] CORRAL, 2011, p. 162.

incondicionalmente y, por tanto, digno de tutela por parte del ordenamiento jurídico[22]. Finalmente, concluye que: "[…] parece contradictorio que pueda ser calificado jurídicamente como un daño susceptible de reparación. Lo digno y valioso en sí mismo («que bueno que existas»), no puede ser a la vez perjudicial y nocivo («hubiera sido mejor que no existieras»)"[23].

Siguiendo una postura similar, Munita cuestiona la dimensión resarcitoria que pudiera existir sobre la anticoncepción fallida por productos defectuosos, atendiendo a que el mérito indemnizatorio de un nacimiento no deseado no resulta ni claro ni categórico[24]. De este modo, hace una crítica a la existencia misma del concepto de *wrongful conception*, señalando que: "[…] nunca un nuevo ser puede ser objeto de una categorización dañosa. De aquí que estimemos que la noción de "concepción injusta" constituya un sinsentido. Nunca la concepción, cualquiera que sea su origen, puede ser estimada como injusta"[25]. Finaliza, en la misma línea que Corral, agregando que: "dichas acciones caracterizadas encierran un supuesto agravio que el Derecho ampara bajo criterios que van contra las bases humanistas de nuestro sistema"[26].

No existen sentencias emanadas de tribunales chilenos que den cuenta de una particular inclinación a rechazar la idea de que el *wrongful conception* es una clase de daño. Más bien, y como se precisará en el siguiente apartado, la jurisprudencia actual tiende a aceptar su procedencia indemnizatoria, haciendo ciertas distinciones respecto al tipo de daño aplicable a cada caso[27].

2. Es daño

Existe una discusión, tanto doctrinal como jurisprudencial, mucho más amplia sobre la postura que trata a las "hipótesis *wrongful*" como un tipo de daño. Esta tesis se separa de las ideas humanistas y se centra, más bien, en analizar jurídicamente su aplicación y en distinguir las diversas categorías de daño sobre las cuales puede encasillarse.

De esta forma, y siguiendo la lógica dada por el derecho comparado, la doctrina ha planteado la postura de que existen situaciones calificadas en que el nacimiento de un hijo puede ser entendido como un daño. Así ocurrirá cuando, en circunstancias en que activamente se estaba tratando de

[22] CORRAL, 2012.
[23] CORRAL, 2012.
[24] MUNITA, 2017, p. 126.
[25] MUNITA, 2017, p. 126.
[26] MUNITA, 2017, p. 126.
[27] CÁRDENAS y SÁNCHEZ, 2018.

prevenir la ocurrencia de un embarazo, este se produce y llega a término por causas no imputables a la madre[28].

Como ya se explicó, esta es la hipótesis estándar del *wrongful conception*. Sin embargo, y teniendo en consideración aquello que señalan los autores detractores a esta idea, Macía da cuenta de un razonamiento abordado por el derecho comparado en las teorías alemanas de la separación o *Trennungslehre*. Estas surgen precisamente del rechazo, en estos casos, a la indemnización por la lesión a la dignidad del hijo, y proponen, en cambio, la modificación del presupuesto de la reclamación e identifican el interés con uno más socialmente adecuado, que pueda ser entendido como jurídicamente protegido[29].

Así, la autora señala que: "Frente a ello, la *Trennungslehre* afirma que es posible establecer una distinción, desde un punto de vista teórico, entre el niño que ha nacido y el daño reclamado (esto es, los gastos que genera desde el momento en que se produce tal nacimiento)"[30]. Por tanto, distingue entre el nacimiento, que no es daño, y todos los elementos atingentes a ese nacimiento, que es el daño que se aduce en las acciones indemnizatorias.

En este sentido, Macía entiende que el fundamento que existe detrás de ese daño radica en la lesión de derechos reproductivos de la madre y la "privación de la mujer de la facultad de decisión sobre la interrupción del embarazo o la privación a los progenitores de la libertad de procreación"[31], reconocidos por el art. 10 letra h) de la CEDAW[32]. Cárdenas y Sánchez suscriben esta idea y califican la vulneración al derecho de autodeterminación del plan de vida como el fundamento inmediato de las acciones de *wrongful conception* en Chile[33]. Agregan, así, que "este interés puede reconducirse a la vulneración de garantías fundamentales consistentemente reconocidas, como lo son la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 1° de la Constitución Política de la República)"[34]. Siguiendo este orden de ideas, la calificación jurídica del daño se trasladaría del hecho de considerar a un hijo como un detrimento, a entender que la perturbación radica, más bien, en la privación del derecho a decidir sobre el plan de vida.

[28] MACÍA, 2007, p. 9.
[29] MACÍA, 2007, p. 10.
[30] MACÍA, 2007, p. 10.
[31] MACÍA, 2007, p. 22.
[32] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979.
[33] CÁRDENAS y SÁNCHEZ, 2018.
[34] CÁRDENAS y SÁNCHEZ, 2018.

Esta es una postura que ha sido aceptada por tribunales. Así, en causa rol C-1719-2012 del Juzgado de Letras de Castro, el tribunal estimó que el Servicio de Salud de Chiloé era responsable respecto de un caso de esterilización fallida que terminó en el embarazo de la demandante, y ordenó que la institución la indemnice en $15.000.000 por concepto de daño moral[35]. El sentenciador señaló que "la demandante fue víctima de una grave vulneración a su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, siendo este derecho debidamente informado como consta en autos, pero que finalmente no fue respetado y acatado como fue su voluntad"[36]. Estima que, a consecuencia de esto, se acredita el daño, toda vez que la actora resultó embarazada de un hijo no deseado, en condiciones económicas escasas y siendo ella el único sustento de su núcleo familiar[37].

Posterior a la apelación, el tribunal a quo confirmó la sentencia y ordenó el incremento de la indemnización concedida a título de daño moral a $35.000.000[38]. Una lógica similar había sido utilizada anteriormente por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. En esta, ordenó la indemnización del daño emergente y el daño moral provocado a la demandante, producto de un procedimiento de esterilización fallido que resultó en el nacimiento de un hijo no deseado[39].

A la luz de los antecedentes aportados, la decisión de tribunales de acoger las acciones indemnizatorias respecto a casos de *wrongful conception* da cuenta de una tendencia jurisprudencial a aceptar la idea de que existe una esfera, fuera de lo que las teorías humanísticas pudiesen plantear, en que el daño puede trasladarse, también, aquello que se relaciona con el nacimiento de un hijo no deseado. De esta forma, resulta innegable la posibilidad de entender al *wrongful conception* como una hipótesis de daño, tanto patrimonial como extrapatrimonial[40].

## VI. Naturaleza del daño causado producto de la falla de pastillas anticonceptivas

La discusión sobre si puede entenderse al *wrongful conception* como una hipótesis de daño en el derecho chileno o no, no está zanjada. A pesar de la opinión que se pueda suscribir al respecto, es importante dar cuenta que, actualmente, la tendencia de los tribunales a indemnizar – al menos, parcialmente – estas hipótesis, está en aumento[41]. Es por esto que resulta necesario hacer un análisis

[35] Juzgado de Letras de Castro, 20.11.2014 C-1719-2012.
[36] Juzgado de Letras de Castro, 20.11.2014 C-1719-2012.
[37] Juzgado de Letras de Castro, 20.11.2014 C-1719-2012.
[38] Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 04.08.2015, rol 446-2015.
[39] Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12.05.2012, rol 373-2011.
[40] CÁRDENAS Y SÁNCHEZ, 2018.
[41] CÁRDENAS y SÁNCHEZ, 2018.

desde la perspectiva del daño patrimonial sobre la naturaleza que se le ha dado en Chile a este detrimento resarcible en sede de responsabilidad civil, específicamente el que dice relación con el daño emergente y el daño emergente futuro.

1. Daño emergente

La postura de entender a los embarazos producto de pastillas anticonceptivas defectuosas dentro de la categoría de daño emergente es ampliamente aceptada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia[42]. Abeliuk entiende al daño emergente como el detrimento que sufre una persona en su patrimonio de forma real y efectiva[43]. En esta categoría, la pérdida en el patrimonio debe ser actual, distinguiéndolo así del daño emergente futuro[44]. Por tanto, se entenderá que habrá daño emergente cuando se da cuenta de una pérdida directa que ya se ha producido en el patrimonio del lesionado. En este sentido, la doctrina entiende que el daño emergente que surge a propósito de los casos de *wrongful conception* son los gastos relacionados directamente con el embarazo y el parto[45].

La jurisprudencia da cuenta, también, de esta postura. Así lo entendió la Corte de Apelaciones de Antofagasta que, en causa rol 373-2011, ordenó, por concepto de daño emergente, el pago de "los gastos directos que irrogó los gastos de la operación laparoscópica y de parto de sus hijas"[46]. Una tendencia a seguir la misma lógica evidenció el Juzgado de Letras de Chiloé en causa rol C-1719-2012. En este, frente a hechos de similar naturaleza, señaló que los gastos del embarazo, entendidos como consultas, exámenes, atenciones médicas y parto, constituyen daño emergente, pero que, producto de que la demandante se encontraba afiliada a Fonasa A, no era posible verificar pecuniariamente el daño[47].

Es importante agregar que estas sentencias de *wrongful conception* son de aquellas en las que medió una intervención médica. Aun así, es posible entender que su lógica es aplicable de igual forma a aquellos casos en que el presupuesto es el fallo de un anticonceptivo defectuoso, pues el daño emergente es el mismo en ambas hipótesis. Así lo ha entendido Corral, señalando que: "Si

[42] CÁRDENAS Y SÁNCHEZ, 2018.
[43] ABELIUK, 2009, p. 814.
[44] CORRAL, 2011, p. 149.
[45] CÁRDENAS Y SÁNCHEZ, 2018.
[46] Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12.05.2012, rol 373-2011.
[47] Juzgado de Letras de Castro, 20.11.2014, rol C-1719-2012.

efectivamente mujeres quedaron embarazadas por un defecto de anticonceptivos proporcionados por el Estado, este debiera apoyarlas con los gastos del parto y otras prestaciones similares"[48]. De esta forma, hace responsable de la reparación al estado, añadiendo que esta fórmula evitaría que el asunto se judicialice[49].

2. Daño emergente futuro

Resulta más controvertido determinar si es aplicable el daño emergente futuro en los casos de *wrongful conception* por fallo de pastillas anticonceptivas. Como ya se adelantó, la esfera del daño emergente futuro opera respecto de un detrimento que no ha ocurrido, pero que se espera ciertamente que acaezca en el futuro[50]. Así, esta "certeza" resulta uno de los puntos centrales a propósito de esta subdivisión del daño emergente, pues para que el daño pueda ser resarcible debe ser, en definitiva, cierto[51]. El daño, por tanto, debe ser real en existencia y extensión, no cabiendo la posibilidad de reparar daños meramente hipotéticos[52]. Esto no resulta problemático en el daño actual, pues la certeza es determinable sobre la base del acaecimiento del mismo hecho, cosa que no ocurre en el caso del daño futuro.

Sobre estas consideraciones, la doctrina ha resuelto esta controversia atendiendo a un juicio hipotético que debe ser realizado en el caso concreto para determinar que el daño se producirá a todas luces en el futuro siguiendo la prolongación natural de un estado actual de cosas[53]. En este sentido, es posible que la víctima de este daño que aún no se ha materializado en su patrimonio demande anticipadamente, atendiéndose a esta ficción del derecho que permite dar cuenta de un daño futuro suficientemente cierto antes de que se produzca[54].

Se ha determinado que el daño emergente futuro que surge a partir de casos de *wrongful conception* son todos aquellos gastos relacionados con la crianza y mantención de un hijo[55]. Por tanto, el daño se identifica con las consecuencias futuras, pero reales y ciertas, que se proyectan naturalmente a partir del hecho ilícito primigenie: el nacimiento no deseado de un hijo producto de la

[48] CORRAL, 2021.
[49] CORRAL, 2021.
[50] BARROS, 2020, p. 244.
[51] BARROS, 2020, p. 244.
[52] Corte de Apelaciones de Concepción, 30.12.2009, Rol N°1000-2009.
[53] BARROS, 2020, p. 245.
[54] BARROS, 2020, p. 245.
[55] MACÍA, 2009.

comercialización de anticonceptivos defectuosos. Estas consecuencias se distinguen claramente de aquellas que se contemplan sobre el daño emergente, es decir, los gastos de nacimiento y parto. Se refieren, por tanto, a aquellas que se desprenden naturalmente del hecho de criar a un hijo: vivienda, educación, alimentación, salud, y un largo etcétera.

Con todo, es posible entender que estos gastos de crianza se identifican con el derecho-deber de alimentos contemplado en los arts. 322 y siguientes del CC. Es por esta razón que resulta difícil aplicar el daño emergente futuro en situaciones de *wrongful conception*, pues podría entenderse que la indemnización del daño equivale a la satisfacción de la obligación de alimentos, liberando, por tanto, a los padres de su cumplimiento[56]. Por esto, Macía concluye que: "el efecto de este traslado -se dice- es doblemente pernicioso: por un lado, la responsabilidad civil se inmiscuye en el ámbito propio del Derecho de Familia; por otro, se altera lo dispuesto por las normas sobre alimentos entre parientes, que tienen un carácter imperativo"[57].

La jurisprudencia ha suscrito esta postura, por lo que no entiende a los gastos de mantención como daño resarcible. De esta forma, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en causa sobre *wrongful conception* con intervención médica, entendió que "lo que se estaba demandando eran "alimentos", y la obligación de alimentar es una obligación que no puede ser impuesta a un médico o sociedad de profesionales, en tanto que recae en los progenitores según las normas del Código Civil"[58].

## VII. Conclusiones

El *wrongful conception* y las acciones que surgen a partir de él son un tema de amplia discusión, tanto doctrinal como jurisprudencial. En este sentido, en Chile no existe un consenso inequívoco sobre si las hipótesis comprendidas dentro de este concepto pueden ser entendidas como daño resarcible o no. Las primeras posturas, de corte conservador, han dado cuenta de la imposibilidad absoluta de la aplicación de categorías de daño al nacimiento de una vida, entendiendo que esta es de orden sagrado y jamás podría ser entendida como un detrimento. En cambio, las tesis modernas dan cuenta de la posibilidad de aplicar teorías de separación, para que el foco del daño resarcible no se aplique sobre la vida del hijo no deseado, sino sobre todos los costos que vienen aparejados a su nacimiento.

[56] MACÍA, 2009.
[57] MACÍA, 2009.
[58] SÁNCHEZ y CÁRDENAS, 2018.

De esta forma, la tendencia jurisprudencial ha sido a acoger estas acciones en sede de responsabilidad civil, dando cuenta que su fundamento se relaciona directamente con la vulneración al derecho a la autodeterminación de la vida. Así, en casos de esterilización fallida, han ordenado la indemnización por concepto de daño emergente, sobre los gastos asociados al parto, y daño moral, debido a la angustia causada por la producción del nacimiento que, en definitiva, se pretendía evitar.

En este informe se ha evidenciado que existe la posibilidad de que el *wrongful conception* sea entendido como una hipótesis de daño patrimonial. Así lo ha planteado, como ya se mencionó, la jurisprudencia y una parte de la doctrina nacional, especialmente respecto a acciones sobre esterilización fallida. Sobre el caso del fallo de pastillas anticonceptivas defectuosas, me parece pertinente proponer que estas poseen el mismo mérito indemnizatorio. En definitiva, el daño producido, esto es, el nacimiento no deseado y sus gastos asociados, se identifica plenamente con aquello que los tribunales han identificado como resarcible y se articulan sobre el mismo fundamento: la lesión del derecho a la autodeterminación del plan de vida. Aun así, es importante dar cuenta que no se admite, en ningún caso, esta pretensión sobre el daño emergente futuro que se pudiere suscitar producto de estos nacimientos no deseados.

## VIII. Bibliografía

### Doctrina citada


ABELIUK, René, 2009: *Las Obligaciones*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

BARROS, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, (2°edición), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

CÁRDENAS, Hugo y SÁNCHEZ, José Antonio, 2018, "Acciones de wrongful conception en Chile: una propuesta de fundamentación", *Acta Biotech (Santiago de Chile)*, volumen XXIV, n°2. HTTP://DX.DOI.ORG/10.4067/S1726-569X2018000200237

Corporación Miles, 2023: *Quinto Informe sobre Derechos Sexuales y Reproductivos* (1° edición), Santiago de Chile.

CORRAL, Hernán (27 de mayo de 2012). *Aborto y esterilización fallidos: ¿el hijo como daño?* Recuperado el 28.10.2023, de Derecho y Academia: el blog de Hernán Corral. HTTPS://CORRALTALCIANI.BLOG/2012/05/27/ABORTO-Y-ESTERILIZACION-FALLIDOS-EL-HIJO-COMO-DANO/

CORRAL, Hernán (3 de marzo de 2021). *Wrongful Conception*. Recuperado el 28.10.2023, de El Mercurio. HTTPS://APP.VLEX.COM/#VID/WRONGFUL-CONCEPTION-861621061

CORRAL, Hernán, 2011: *Lecciones de Responsabilidad Civil extracontractual*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

MACÍA, Andrea, 2007: "La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life", *Revista de Derecho (Barranquilla)*, n°27, pp. 3-37.

MACÍA, Andrea, 2009: "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life", *Revista Chilena de Derecho Privado (Santiago de Chile)*, n°12. HTTP://DX.DOI.ORG/10.4067/S0718-80722009000100005

MONDACA, A., AEDO, C., COLEMAN, L., 2015: "Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno", *Ius et Praxis (Talca)*, volumen XXI, n°1. HTTP://DX.DOI.ORG/10.4067/S0718-00122015000100002

MUNITA, Renzo, 2017: “Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable mérito indemnizatorio”, *Actualidad Jurídica (Santiago de Chile)*, n°36.

**Normas jurídicas citadas**

Comisión de estudios de la Nueva Constitución de la República de Chile, actas oficiales de la Comisión Constituyente Tomo III, discusión general del Capítulo relativo a las Garantías Constitucionales, celebrada el 31 de octubre de 1974.

Decreto con Fuerza de Ley 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, publicado con fecha 30 de mayo de 2000.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, adoptada con fecha 18 de diciembre de 1979. Publicada en Chile con fecha 9 de diciembre de 1989.

**Jurisprudencia citada**

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 2 de mayo de 2012, rol 373-2011.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2009, rol 1000-2009.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de fecha 4 de agosto de 2015, rol 446-2015.

Juzgado de Letras de Castro, sentencia de 20 de noviembre de 2014, rol C-1719-2012.