

Trabajo recibido el 7 de agosto y aprobado el 1 de diciembre de 2014

Panorama comparado del *wrongful life*,
wrongful birth y *wrongful conception*.
Su posible aplicación en el Derecho chileno*

COMPARATIVE OUTLOOK OF WRONGFUL LIFE, WRONGFUL BIRTH
Y WRONGFUL CONCEPTION. ITS POSSIBLE APPLICATION IN CHILEAN LAW

ALEXIS MONDACA MIRANDA**

CRISTIÁN AEDO BARRENA***

LUIS COLEMAN VEGA****

RESUMEN

En el presente trabajo se examina la posibilidad, en el ordenamiento jurídico chileno, de indemnizar los perjuicios producidos en virtud de los polémicos supuestos de *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Una vez estudiadas las diversas posiciones que sobre el particular existen en nuestra doctrina, en forma conjunta con la jurisprudencia atinente al tema, tanto nacional como extranjera, se afirma la posibilidad de conceder indemnización de perjuicios, pero no basadas en la pérdida de una chance, sino en virtud de la culpa existente en la mala praxis médica que en estas situaciones puede observarse, aplicando una noción de daño que lo entienda como la lesión a los intereses.

ABSTRACT

The present paper examines the possibility, in the Chilean legal order, of granting compensation for damages derived from the controversial hypotheses of *wrongful life*, *wrongful birth* and *wrongful conception*. Once examined the several and contradictory positions regarding this subject amongst our academic commentators, along with the jurisprudence on the topic, both

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación: "*Wrongful life* y *wrongful birth* como partidas indemnizatorias: una mirada desde el derecho a la vida", financiado por la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta.

** Profesor de Derecho civil de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile. Doctor en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile). Correo electrónico: amondaca@ucn.cl.

*** Profesor de Derecho civil y de Derecho romano de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile. Doctor en Derecho (Universidad de Deusto, Bilbao, España). Correo electrónico: caedo@ucn.cl.

**** Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile. Diploma de actualización: "Nuevas tendencias del Derecho civil" (Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile). Correo electrónico lcolmanv@gmail.com.

national and foreign, the possibility of awarding compensation is admitted, although not based on the loss of a chance, but in virtue of the underlying guilt in the medical malpractice usually observed in these situations, applying a notion of damage understood as an injury to interest.

PALABRAS CLAVE

Wrongful life, Wrongful birth, Wrongful conception, Culpa, Indemnización de perjuicios, Daño

KEYWORDS

Wrongful life, Wrongful birth, Wrongful conception, Negligence, Compensation of damages, Damage

1. Introducción

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

Dichas figuras, como veremos seguidamente, tienen como presupuesto la regulación del aborto o, al menos, la no prohibición absoluta del mismo, en términos de permitir que la mujer pueda interrumpir el embarazo. La posibilidad legal de interrumpir el embarazo supone, así, un requisito para las figuras de las que se habla. A nuestro juicio, sin embargo, una revisión del daño reclamado puede hacernos reflexionar sobre la necesidad del requisito. Entender éste no ya como la pérdida de la chance de privación de una vida errónea o injustificada, sino la frustración de los intereses que supone un diagnóstico cierto: por un lado, enfrentar o remediar, bien la enfermedad, bien ciertos efectos de una enfermedad que pudo haberse conocido a tiempo; o, si ello no fuera posible, de prepararse psicológicamente para recibir un niño cuyas condiciones de vida afectará el proyecto familiar.

2. *Wrongful conception, wrongful birth* y *wrongful life*. Su configuración en el Derecho comparado

2.1. Concepto de las figuras analizadas

Las mencionadas figuras se insertan en el fértil y atrayente campo de la responsabilidad asociada al nacimiento de un menor. El propio nombre de estas figuras ya nos debería llamar poderosamente la atención, puesto que estamos hablando de una vida errónea, injusta, mismos adjetivos serían aplicables a un

nacimiento. En concreto, hacemos referencia al perjuicio de nacer y al daño de vivir, teniendo presente que, de haberse contado con un correcto diagnóstico médico, hubiese podido la gestante abortar (si el ordenamiento jurídico de que se trate así lo permitiese), y en vez de ello, debe soportarse la crianza de un menor con taras, sean físicas o psíquicas, o el desarrollo de una vida en tales circunstancias¹.

Existen supuestos que podrían originar una acción de indemnización de perjuicios derivada de la responsabilidad asociada al nacimiento de un menor. De éstas, tres pueden tener como común denominador negligencias en el actuar del galeno: *wrongful conception*, por una parte, y por la otra, *wrongful life* y *wrongful birth*. En la *wrongful conception*, a su vez, es posible distinguir dos hipótesis. En la primera, se ha producido la concepción y, posteriormente el nacimiento de un menor, el que es saludable tanto física como psicológicamente, producto del fallo de un método anticonceptivo aplicado directamente por los padres, sin intervención de galeno alguno. Pero también se incluye aquella situación en la que se ha acudido a una esterilización practicada por un médico, a fin de impedir la concepción, y no obstante los procedimientos adoptados, ésta, de todas formas, se produce. Lo erróneo radica en el negligente resultado de una intervención quirúrgica de esterilidad, la que no ha cumplido con el objetivo previsto.

En los casos de *wrongful life* y *wrongful birth*, de existir un perjuicio, el daño estaría determinado por el hecho de nacer o de vivir con taras físicas o psicológicas, o sea, alude a una negligencia en el diagnóstico sobre el verdadero estado de salud del *nasciturus* lo que impide a la madre la posibilidad de acudir, si tal fuese su intención, a un aborto para impedir el nacimiento. En el *wrongful birth*, como su nombre lo indica, se reclama contra el médico (equipo médico o establecimiento de salud) por permitir el nacimiento de un menor con taras físicas o psíquicas. Todos los daños económicos y morales que reclaman los padres se fundan en la negligencia médica que les impidió haber abortado al menor; en los casos de *wrongful life*, la demanda se funda en el hecho de haber nacido. El hijo, representado por sus padres o una vez llegada la mayoría de edad, reclama por la injusticia que supuso su nacimiento².

Lo cierto es que las figuras suponen variadas hipótesis, tanto para los casos de *wrongful birth*, como de *wrongful life*. Entre ellas, pueden citarse las siguientes: a) demanda por *wrongful birth* o *life* preconceptivo, en que la manifestación de la voluntad se realizó a través de una acción: en este caso, ante la consulta

¹ CORRAL (2004), pp. 160-161.

² Véase ROMERO (2010) pp. 2565; 2570. También MACÍA (2005) p. 49, VARGAS (2006) pp. 28-34 y UGARTE (2006) p. 518.

realizada por los padres acerca de qué sucedería en un hipotético embarazo, el facultativo entrega un falso negativo; b) demanda por *wrongful birth* o *life* preconcepcivo, en que la manifestación de la voluntad se realizó a través de una omisión: esta hipótesis quizás es una de las más pintorescas, debido a que en este caso el médico no entrega la información u omite la realización de un tratamiento destinado a conocer el estado genético de la pareja; c) demanda por *wrongful birth* o *life* prenatal, en que la manifestación de la voluntad se realizó a través de una acción: aquí la mujer ya se encuentra embarazada y el médico, ante la pregunta de la madre acerca de la salud del feto, entrega un falso negativo o realiza negligentemente una actividad que tenga por objeto poner fin al embarazo; d) demanda por *wrongful birth* o *life* prenatal, en que la manifestación de la voluntad se realizó a través de una omisión: en este supuesto el galeno no realiza el examen o tratamiento a que se hizo alusión en el punto anterior.

De estos dos supuestos, sólo la presencia de *wrongful life* y/o *wrongful birth* guardan relación con la regulación del aborto, no así la *wrongful conception*. En efecto, en esta última resulta ser indiferente el estado de la legislación sobre el aborto, dado que la culpable intervención quirúrgica dirigida, por ejemplo, a ligar las trompas de Falopio, o a una vasectomía en el caso del hombre, no guarda relación alguna con la posibilidad de pérdida de una oportunidad derivada del tratamiento legislativo del aborto. Mucho menos si el dispositivo anticonceptivo es aplicado por los propios futuros padres³.

2.2. La consagración de las figuras en el Derecho comparado

Detengámonos a analizar, aunque brevemente, cómo estas figuras se han consagrado en el Derecho comparado, especialmente en la jurisprudencia.

2.2.1. El caso de EE.UU.

La primera demanda de *wrongful birth* y *wrongful life* en Estados Unidos está representada por el caso *Gleitman vs. Cosgrove*. En él se negó la indemnización de un niño afectado de diversas malformaciones producidas como consecuencia de la rubéola contraída por su madre durante el embarazo, respecto de la cual se había informado a la progenitora que no tendría consecuencias

³ Como señala Tapia: “En primer lugar, existen casos de nacimientos no deseados, en que los padres demandan indemnización al médico que efectuó negligentemente la esterilización o la interrupción del embarazo. Si bien en estas situaciones se tiende a rechazar la reparación del perjuicio consistente en la sola existencia o nacimiento del hijo no deseado, sí se concede indemnización si se ha infligido con ello un sufrimiento específico a la madre (o al hijo), como sucede cuando el embarazo había sido provocado por una violación o un incesto”. Véase TAPIA (2002), pp. 106-107.

sobre el feto. La Corte de Nueva Jersey se basó sobre dos razonamientos para rechazar la demanda. Por un lado, entendió que no se podían comparar lógicamente la enfermedad con el vacío completo de la no existencia; por otro lado, estimó que aunque los daños fueran calculables, era de orden público el mantenimiento del bien vida (*substantial policy reasons*). Particularmente, la demanda de *wrongful birth* se desestimó por la dificultad de medir el daño⁴, señalando que: “*es imposible medir los daños al ser madre y padre de un niño con defectos*”⁵, agregando: “*los perjuicios alegados no se comparan con lo precioso de la vida humana*”⁶.

En 1975 cambiará esta tendencia, gracias a dos fallos emblemáticos. Por un lado tenemos el caso *Jacobs v. Theimer*⁷ resuelto por la Corte Suprema de Texas. En este caso los señores Jacobs demandan a su médico, alegando su negligencia por no diagnosticar la rubéola y no advertirles del consiguiente riesgo. La parte demandante alega que el comportamiento del demandado fue negligente debido a que, primero, al llegar enferma la actora al recinto médico, se le señaló que estaba embarazada. En segundo lugar, consultó si dicha enfermedad era sarampión, a lo que el doctor le respondió negativamente, cuestión que les privó de la posibilidad de abortar. Ante este estado de cosas el voto mayoritario señaló con relación a la negligencia que: “*El Dr. Thiemer estaba bajo la obligación de hacer de revelar razonadamente ese diagnóstico (rubéola), y los riesgos del tratamiento propuesto en la continuación del embarazo, como lo hubiere hecho razonablemente un médico en esas circunstancias*”⁸.

Luego, en cuanto al nexo causal, repitió la idea acerca de que el puente de causalidad se construye entre la falta negligente de información y la voluntad de parte de los señores Jacobs de abortar en el caso de haber tenido tal conocimiento⁹.

Por último, se pronunció acerca del daño. Respecto a este tema rompe con la barrera impuesta por la Corte Suprema de Nueva Jersey, la que señaló en el caso *Gleitman v. Cosgrove* que no se puede comparar la vida con discapaci-

⁴ MACÍA (2009), p. 178.

⁵ HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION (1984).

⁶ DONOVAN (1984), p. 65.

⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975. Otros casos emblemáticos en que se aceptan la figuras en estudio: *Dumer vs. St. Michael’s Hospital* (1975), *Bernan vs. Allan* (1979) y *Phillips vs. Estados Unidos* (1981).

⁸ “*Dr. Theimer was under a duty to make reasonable disclosure of that diagnosis, and risk of the proposed treatment in continuing the pregnancy, as would have been made by a reasonable medical practitioner under the circumstances*”, Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975.

⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975.

dades con el vacío de la no existencia. Referente a este argumento, la Corte de Texas señaló que: “los gastos económicos relacionados únicamente a los defectos físicos del niño es una cuestión diferente la cual está libre de la objeción anterior”¹⁰. Agregó que: “es imposible para nosotros justificar una política que prive a los padres de la información con la cual ellos podrían elegir terminar un embarazo con altas probabilidades de que nazca un niño con deformidades, una política que en efecto requiere que el embrión deficiente sea llevado hasta que el niño deficiente nazca, y una política que deniegue la indemnización de los costos de tratamiento y cuidado por los defectos del niño”¹¹.

El segundo caso simbólico es el fallo *Dumer vs St. Michael's Hospital*, en el que se aceptó una demanda de *wrongful birth* iniciada por una madre que contrajo rubéola durante su embarazo, en contra de su médico que no diagnosticó dicha enfermedad, y que por causa de dicha ausencia de diagnóstico se vio privada de interrumpir su embarazo. En este caso la Corte de Wisconsin condenó a pagar los tratamientos provocados por la minusvalía¹².

A partir de estas sentencias, las demandas por *wrongful birth* fueron aceptadas en cada tribunal de aquellos estados, expandiéndose también a otros estados de manera más generalizada.

Como fundamentos de estas últimas dos sentencias, y del desarrollo de estas figuras en Estados Unidos, se presentan dos pilares. Por un lado, el famoso caso *Roe vs. Wade*, que significó la legalización del aborto, y por otro lado, el refinamiento y la expansión de la amniocentesis y otros exámenes que pueden detectar cualquier desorden genético o anomalía congénita antes de nacer¹³.

En el caso *Roe vs Wade* se resolvió el caso de Norma McCorvey, una mesera veinteañera de Dallas, de escasos recursos, soltera y embarazada que buscaba interrumpir su embarazo, pero que con la estricta legislación en materia de aborto se le dificultaba mucho esta posibilidad. En la resolución de este caso la Corte Suprema de Estados Unidos, sostuvo que el derecho constitucional a la privacidad es: “suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer de terminar o no con su embarazo”, procediendo de esta forma a derribar, no

¹⁰ “The economic burden related solely to the physical defects of the child is a different matter which is free from the above objection”, Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975.

¹¹ “It is impossible for us to justify a policy which at once deprives the parents of information by which they could elect to terminate the pregnancy likely to produce a child with defective body, a policy which in effect requires that the deficient embryo be carried to full gestation until the deficient child is born, and which policy then denies recovery from the tortfeasor of costs of treating and caring for the defects of the child”, Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975.

¹² UGARTE (2006), p. 519.

¹³ DONOVAN (1984), p. 67.

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 estados¹⁴.

A los fallos mencionados en los párrafos anteriores debemos agregarles los casos *Bernan vs Allan*, de 1979, en el cual se rompe el criterio de *Gleitman vs Cosgrove*, señalando el tribunal que: “*la política pública apoyada ahora*”, es la admisibilidad de esa decisión tomada por la madre. En *Phillips vs Estados Unidos* (1981) se supera también el criterio de que no es posible medir el perjuicio en las demandas de *wrongful birth*, señalando que esta idea es una aplicación “política disfrazada de argumento” en contra de la autonomía reproductiva que ha “perdido potencia”. Luego, en *Haberson vs. Parke-Devis*, de 1983, se estableció cuál ha de ser el estándar de cuidado, señalando que se deben exigir pruebas y asesoramiento adecuados para las mujeres que presenten riesgos de tener un niño con deficiencias¹⁵. La Corte Suprema del Estado de Washington agregó las siguientes palabras con relación a los avances en la ciencia de la medicina: “*Hasta hace poco, la ciencia médica no era capaz de proporcionar a los padres, con los recursos que disponían, la predicción del nacimiento de un niño con defectos. Hoy, la habilidad de predecir la ocurrencia y recurrencia de los defectos atribuibles a desórdenes genéticos ha mejorado significativamente. Los padres podrán determinar antes de concebir un niño, si es que sus rasgos genéticos aumentan los riesgos de que el niño sufra un desorden genético (...) después de la concepción, las nuevas técnicas de diagnóstico –como la amniocentesis y la ecografía morfológica– pueden revelar defectos en el nasciturus (...) y los padres podrán impedir el nacimiento de los niños con defectos abortando el feto (...)*”¹⁶. Además agrega, como para concluir, que: “*las acciones de wrongful birth son un lógico y necesario desarrollo*” en el Derecho de daños para proteger el derecho constitucional de los padres¹⁷.

¹⁴ GLENDON (1991), p. 58.

¹⁵ HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION (1984), p. 2021.

¹⁶ DONOVAN (1984), p. 68.

¹⁷ HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION (1984), p. 2022. El sistema francés también ha limitado la reparación de los daños, evitando indemnizar en supuesto de *wrongful life*. Con el denominado “*affaire Perruche*”, la Corte de Casación francesa concedió una indemnización millonaria a la familia *Perruche* como consecuencia de dos demandas deducidas en contra del médico que trató a una mujer embarazada que presentaba síntomas de rubéola y que le comunicó su voluntad, junto a la de su marido, de interrumpir el embarazo en caso de confirmarse esa enfermedad, y en contra del laboratorio que realizó la serología de la rubéola. La primera reclamación la dedujeron los progenitores en nombre propio, por la reparación del perjuicio que habían sufrido personalmente. Y la segunda fue interpuesta por los padres en nombre de su hijo. Basaban los actores su pretensión en que a causa de la negligencia del médico tratante y del laboratorio, la mujer creyó estar inmunizada y dio nacimiento a su hijo, el cual nació con afecciones neurológicas, sensoriales, y cardiológicas graves y definitivas. Esta sentencia provocó una seguidilla de casos similares, lo que tuvo como consecuencia que el legislador francés se pronunciara acerca de este tipo de pretensiones a través de la ley N° 2.002-303, de 4 de marzo de

En lo que se refiere a la figura de *wrongful life*, las cortes han sido renuentes en aceptarlas, es más, la figura del perjuicio de vivir ha sido rechazada por la mayoría de los tribunales en que se ha planteado. Esta tendencia se inició, como ya vimos, con la sentencia *Gleitman vs Cosgrove* de 1967. En este caso la Corte rechazó la petición fundándose en que no se podía “medir la diferencia entre la vida con defectos y el vacío absoluto de la no existencia”. En el caso *Becker vs. Schwartz* de 1978, la Corte de Apelaciones de Nueva York señaló que el hecho de: “si es mejor nunca haber nacido, que haber nacido con graves deficiencias, es un misterio que debe ser dejado más apropiadamente a los filósofos y a los teólogos”¹⁸.

2.2.2. Su configuración en el caso español

La jurisprudencia en España acogió tardíamente la reparación de este tipo de perjuicios y, aún así, sus decisiones han sido vacilantes. Un ejemplo interesante está representado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1997¹⁹, en la que se decidió acoger la demanda interpuesta por una mujer, quien había dado nacimiento a un niño con síndrome de *Down* que, a causa del fracaso de las pruebas médicas prescritas en razón del alto riesgo del embarazo (amniocentesis)²⁰, y de que, además, existió un retraso en la notificación de dicha enfermedad mental a la madre (se le comunicó una vez que ya había vencido el plazo legal para la interrupción del embarazo), no pudo optar por poner término a su estado de gravidez, cuestión que, a su parecer, le produjo perjuicios.

El tribunal se refirió sobre el daño y la relación de causalidad. Con respecto al primero, señaló en su fundamento tercero de derecho que: “(...) surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el síndrome de *Down* (...) el daño derivado del referido dato no es patrimonial y para su valoración siempre evanescente, dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como la derivada del síndrome de *Down*, hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, de una atención fija permanentemente y, por lo común, asalariada”. Si bien es cierto el tribunal razona sobre la base de la pérdida de la chance del aborto que la

2002, ley mejor conocida como “Ley antiperruche”, norma que dispone en su artículo 1º: “Nadie se puede prevaler de un perjuicio del solo hecho de su nacimiento (...)”. Véase, SERIAUX (2002), pp. 77 y ss.

¹⁸ DONOVAN (1984), p. 68.

¹⁹ Tribunal Supremo Español, rol Nº 3999/1997, 6 de junio de 1997.

²⁰ Es un procedimiento prenatal habitual, por el cual, durante el segundo semestre del embarazo, se extrae una parte del líquido amniótico que rodea al *nasciturus* para su análisis.

madre pudo practicar, la valoración del daño queda sujeta a la pérdida de los intereses que supone desarrollar un proyecto de vida en las condiciones que la enfermedad entraña²¹.

Una sentencia muy interesante, en la línea que hemos venido comentando, es la de 4 de febrero de 1999²². El Tribunal Supremo Español varió su posición inicial rechazando un recurso de casación interpuesto por los padres de una menor que nació con graves defectos y deformidades físicas. Los progenitores alegaban que, luego de practicados por la ginecóloga los exámenes respectivos (ecografías de nivel I), se le señaló a la madre que el feto se encontraba en condiciones normales, y que a partir de tal información errónea, se le privó de su derecho a abortar. En este caso, el Tribunal Supremo señaló que de la despenalización del aborto por la modificación del art. 417 bis del Código penal y la doctrina emanada de la sentencia N° 53/85 del Tribunal Constitucional Español, no nace un derecho al aborto. En lo relacionado con el daño, la sentencia del Tribunal Supremo señala escuetamente, en su quinto fundamento de derecho, que: *“(...) la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño ‘per se’, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento”*.

Las sucintas palabras dedicadas por el Tribunal Supremo al apartado del daño nos parecen importantes, precisas y certeras, toda vez que adherimos a su posición: no puede entenderse que el nacimiento con defectos o deformidades puede ser esgrimido como un daño.

En relación con el nexo causal, el sentenciador señaló en el mismo fundamento de derecho: *“(...) es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo”*²³. Agrega la sentencia: *“(...) no se ha demostrado la relación de*

²¹ Referente a la relación de causalidad, el tribunal añadió, en el considerando tercero de derecho, que el daño: *“se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales. Puesto que si la misma hubiese sabido con el suficiente tiempo dentro del límite de tiempo legal, hubiere actuado en consecuencia, dentro del amparo del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiere prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo, y si ello no sucedió así, se debió a la actuación negligente de la doctora (...)”*. En cuanto al nexo causal, la sentencia hace uso, quizás inconscientemente de un criterio de delimitación de la teoría de la imputación objetiva: el comportamiento lícito alternativo o incremento del riesgo. De conformidad a este criterio, no puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si, suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso. Véase, en este sentido, DÍEZ-PICAZO (1999), p. 348.

²² Tribunal Supremo Español, rol N° 679/1999, 4 de febrero de 1999.

²³ MARTIN y SOLÉ (2004), p. 8.

*causa a efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades*²⁴.

Tomemos nota, por último, de dos sentencias más recientes que han ido aceptando la idea del daño como pérdida de la chance de abortar. En la sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de octubre de 2008²⁵ expresamente se declara la responsabilidad en razón de la pérdida, en virtud de la negligencia médica, de la posibilidad de la gestante de abortar. En efecto, en este caso, la actora dio a luz a un niño afectado de mielomeningocele²⁶ e hidrocefalia con DVP²⁷. Entre la semana quinta y sexta se le diagnosticó a la gestante un quiste lateral derecho, y entre la semana décimo tercera y décimo cuarta, habiéndose practicado la demandante un análisis de sangre, se detectó en el estudio un nivel de alfafetoproteína (AFP) anormal²⁸. Este segundo dato, que por sí mismo no era indicador de patología alguna, sugería, en cambio, un valor patológico que orientaba, desde el punto de vista médico, a que la embarazada se sometiera a otras exploraciones.

El Tribunal Supremo declaró en esta sentencia no haber lugar al recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de segunda instancia, la cual revocando la de primer grado, condenó al médico. El tribunal reflexiona sobre el actuar negligente señalando, en el considerando segundo de derecho, que: *“a partir de la inseguridad que le proporcionaban las ecografías por él practicada (sic) y la insuficiencia del resumen aportado por la paciente, que no respondía a la prescripción de una ecografía morfológica de ginecólogo, ni podía denominarse o considerarse como tal, no solicitó una ecografía morfológica detallada (...) pero aunque así fuera, si tenía dudas sobre la naturaleza y alcance de la ecografía, lo normal y diligente en un médico, es informarse inmediatamente*

²⁴ En un sentido similar se pronunció el mismo Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de junio de 2002. El Tribunal Supremo reafirma su doctrina en relación con la relación de causalidad que hemos examinado precedentemente: *“El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues como declara probado la sentencia de primera instancia, sin que ello se contradiga por la de apelación ‘la Sra. María Luisa en ningún momento quiso abortar’”*. Por lo tanto, concluye el sentenciador, que no existe una relación directa entre la falta de información y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo.

Tribunal Supremo Español, rol N° 4137/2002, 7 de junio de 2002.

²⁵ Tribunal Supremo Español, rol N° 5536/2008, 24 de octubre de 2008.

²⁶ Es la especie más común de espina bífida.

²⁷ Acumulación anormal de líquido cefalorraquídeo en el encéfalo.

²⁸ La alfafetoproteína, como su denominación lo indica, es una proteína que normalmente se produce durante el desarrollo de los fetos. Su presencia en porcentaje elevados es indicaria de defectos en el *nasciturus*.

*solicitando las aclaraciones pertinentes de quienes realizaron la actividad diagnóstica*²⁹. Luego, renglón seguido, agrega en el mismo considerando, que de haber conocido los resultados y realizado la ecografía nivel II, hubiese podido abortar en razón de que se encontraba dentro del plazo en que la ley permite la interrupción del embarazo.

Sobre la relación de causalidad dictamina, también en el considerando segundo de derecho, que: *“La ecografía morfológica facilita el estudio de la anatomía del feto, comprobar que el feto se desarrolla normalmente, por lo que el hecho de no haber propiciado su práctica en el período correspondiente, como medio de diagnóstico contemplado por los protocolos, determinó el resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dado que el embarazo, aun no siendo de riesgo, presentaba en sus inicios datos patológicos que requerían un particular control y aconsejaba una serie de pruebas para descartar alteraciones tanto cromosómicas como morfológicas”*. Después, en el mismo considerando, complementa el análisis del nexo de causalidad, fundamentando la intención de la gestante de abortar señalando en el mismo considerando de derecho que: *“debería ser suficiente un simple juicio de probabilidad en razón de la mayor o menor situación de riesgo derivada de la edad de la madre y de la posibilidad legal y física de interrumpir su embarazo en función del diagnóstico prenatal, al tratarse de una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida”*.

Referente al daño, el tribunal señala en el considerando estudiado que éste: *“resulta no sólo del hecho 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”*. En otras palabras, en cuanto al daño, el tribunal entiende que en este caso el perjuicio se encuentra sintetizado por la pérdida de la oportunidad de abortar y las consecuencias económicas que tiene esta privación.

Respecto al comportamiento culposo del demandado, el tribunal determina que actúa por debajo del estándar de diligencia determinado por la *lex artis*, toda vez que teniendo duda sobre la situación en la que se encontraba el embarazo de la gestante, no solicitó nuevas pruebas, cuestión que privó a la mujer de la información necesaria. Así se expresó en el segundo considerando ya citado.

Para finalizar el análisis de las sentencias del Tribunal Supremo de España, estudiaremos la sentencia de 14 de marzo de 2013³⁰. En este caso, el actor

²⁹ MACÍA (2008), p. 192.

³⁰ Tribunal Supremo Español, rol N° 1136/2013, 14 de marzo de 2013.

demanda a quien fue su ginecólogo, por el nacimiento de su hija con graves malformaciones que no fueron advertidas durante el período de gestación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación deducido por el demandado en contra de la sentencia del tribunal de alzada, la cual lo condenó a indemnizar perjuicios.

En lo tocante a la negligencia del médico tratante, el tribunal señala en el considerando quinto de derecho: *“es claro que los hechos probados de la sentencia permiten sostener que ‘hay indicios cualificados por anormales en el cumplimiento de los deberes médicos para emitir su diagnóstico (...) 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’”*.

Por su parte, con respecto al daño señala, en el considerando sexto de derecho, que éste se deriva: *“de los efectos que dicha privación (la de abortar) conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable –daño moral–, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales –daños patrimoniales– teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad”*.

En lo relacionado al nexo causal basta con lo señalado anteriormente, debido a que el tribunal no se refiere detalladamente a éste. Sí nos toca explayarnos un poco más respecto al daño. En este sentido, nos parece interesante resaltar que esta vez el tribunal no señala que el daño sea la pérdida de la chance de abortar, aunque su nexo de causalidad se forme entre este acontecimiento y la falta de información. Por el contrario, el sentenciador señala que el daño se ve plasmado en el daño moral –concretamente el daño psíquico– producido por saber que su hijo nacerá con malformaciones o defectos, y el daño patrimonial derivado de los gastos de su crianza y el lucro cesante que le producirá a la demandante.

3. Sobre la posibilidad de una indemnización de perjuicios basada sobre casos de *wrongful conception*, *wrongful life* o *wrongful birth* en el derecho civil chileno

3.1. La doctrina chilena

Hacemos presente que, no obstante su indiscutible interés, no se trata de un tema que haya gozado de las simpatías, a lo menos hasta el momento, de la doctrina nacional, dado que pocos han sido los autores que se han pronunciado sobre él. Similar panorama puede apreciarse en nuestra jurisprudencia; no

existe ningún pronunciamiento explícito sobre el particular, en buena medida, porque el aborto se encuentra absolutamente penado.

Como ya hemos adelantado, pocos son los autores nacionales que se han pronunciado expresamente sobre la materia que nos convoca. Dentro de éstos, por la negativa se pronuncia el profesor Corral, quien califica de escalofriante y de pavoroso el panorama que las figuras en comento plantean. En efecto, el citado autor comenta lo siguiente: *“A nuestro modo de ver, el planteamiento de estos casos pone de manifiesto el desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad esencial como un fin en sí, que exige respeto incondicionado y está por encima de todo análisis utilitarista. Un hijo no puede ser nunca concebido como un daño, ni económico ni moral, aunque esté aquejado de una dolencia”*. Agrega el autor que un hijo siempre es un don, jamás una carga, esto es, la persona incrementa la bondad y la belleza del mundo. Concluye, en forma categórica Corral, afirmando que tampoco la propia existencia puede entenderse como un daño, y que es inadmisibles comparar 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”*³¹.

En contra se ha pronunciado Tapia, quien analizando la situación en el Derecho francés, calificando de apasionada la postura de Corral, sostiene que, los casos de *wrongful life* tienden a ser reparados en el Derecho comparado. Agrega que, a propósito del *wrongful birth*, se genera una gran controversia: *“en la casi totalidad de estos casos, lo que el niño demanda y lo que algunas cortes han concedido no es una reparación por el hecho de nacer, sino por el hecho de nacer con una inhabilidad que lo acompañará durante toda su existencia. Así, más que un perjuicio de nacer se trata de un perjuicio de nacer discapacitado”*³².

3.2. Los errores de tratamiento en la jurisprudencia como supuesto de reclamación de daños: reparación del *wrongful conception*

La jurisprudencia nacional no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre demandas de *wrongful life* o *birth*, siempre que ellas se funden en la pérdida de chance del aborto y, como lógico corolario, la posibilidad de aborto venga exigida como requisito de las figuras que analizamos. Sin embargo, como hemos podido examinar, varias sentencias hacen reposar el problema indemnizatorio no en la pérdida de chance alguna (el Tribunal Supremo español ha llegado a afirmar que no existe un derecho a abortar), sino en la afectación de los intereses que un diagnóstico oportuno pudo haber evitado.

³¹ CORRAL (2004), pp. 160-163.

³² TAPIA (2002), pp. 107-108.

Evidentemente, otra cosa puede plantearse a propósito de la hipótesis de *wrongful conception*, puesto que, como hemos visto, la figura no supone la posibilidad de aborto y abre la puerta a las demandas en los casos de negligencias médicas. Aun así, el supuesto es distinto, porque mientras las figuras del *wrongful life* y del *wrongful birth* (que, reiteramos, suponen la posibilidad del aborto), pueden reconducirse, en la mayoría de los casos, a errores de diagnóstico; el *wrongful conception*, por el contrario, como se ha conceptualizado *supra*, importa, en la mayoría de los casos, un problema de tratamiento.

Hemos encontrado una sentencia que avanza categóricamente por esta vía. Nos referimos a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 2 de mayo de 2012, Currihual Pesche, Sandra con Castillo Pinto, Jaime, causa rol N° 373-11³³. La demandante dedujo acción de responsabilidad fundada en el incumplimiento de la obligación del médico, toda vez que, practicado un procedimiento de esterilización, el día 2 de octubre de 2008, la demandante quedó, contra su voluntad, embarazada, informándole sin embargo el médico que el resultado de la operación había sido exitoso. La Corte estimó que la obligación del médico, en este caso, era de resultado: “*Séptimo: Que coincide esta Corte que el acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, sobre una operación de esterilización laparoscópica a la demandante de autos, programada para el día 2 de octubre de 2008, deviene en una obligación de resultado, que obliga al profesional de la medicina de actuar con seguridad, cuidado y destreza, complementado además, con el deber de proporcionar el beneficio pretendido por la parte que contrata, atendida (sic) las especiales características de la misma, y del objetivo perseguido por la paciente, su marido y en conocimiento del médico demandado*”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte es bastante clara a la hora de determinar qué debe entenderse por daño para este caso y cómo éste sólo puede aceptarse en la medida que puede atribuirse negligencia al médico que ha intervenido (dado que, aun cuando exitosa, no puede dicha operación asegurar completamente la ausencia de embarazo). Dijo la Corte: “*Octavo: Que el hecho de un nacimiento no deseado a consecuencia de una esterilización frustrada, caso de autos, puede ocurrir que ella fracase y que la paciente quede embarazada. La frustración del objetivo de la operación puede deberse a error quirúrgico o ineficacia del método empleado, habiendo entonces, una infracción al deber de cuidado del cirujano y existiría un fundamento o antecedente de responsabilidad por negligencia. Sin embargo, este fracaso puede deberse a que la cirugía programada no asegura los resultados, de manera tal que el solo hecho*

³³ Indicador Microjuris, MJJ31872.

del embarazo no fundamenta un caso de negligencia médica, en este caso el embarazo se debió, como se concluyó en el considerando Décimonoveno en la circunstancia que a la paciente no se le intervino la trompa izquierda”.

En el caso concreto, la culpa del médico se tradujo en la falta de intervención de la trompa de Falopio izquierda. El médico alegó que la falta de intervención se debió a la imposibilidad de identificar la trompa izquierda, debido a la existencia de gran cantidad de adherencias. La Corte desechó la alegación, al estimar que el médico no había probado dichas circunstancias (cuestión lógica, al haber concluido que estábamos frente a una obligación de resultado): *“Undécimo: Que en la contestación de la demanda la parte demandada justifica su falta de intervención de la trompa izquierda por los problemas surgidos en la misma, al efecto, la imposibilidad de identificar la trompa izquierda, debido a la presencia de una gran cantidad de adherencias, que intentó liberarlas, pero no fue suficiente y en definitiva, no pudo identificar la trompa izquierda. Sin embargo, la parte demandada no acreditó la ocurrencia de los hechos que justificarían la falta de intervención”.* Y, todavía más, la Corte dejó bien establecido que la culpa se debía a la impericia del médico (aunque la llame negligencia) y no a la falta de información a la paciente. Según la Corte: *“No se trata que esta falta de información sustente la responsabilidad del médico, como lo hace la sentencia en alzada, sino que la misma es demostrativa que el demandado, por negligencia, no intervino la trompa izquierda. Resulta evidente que de ser efectivo lo señalado por el demandado se hubiera preocupado de informar en forma inmediata, clara y precisa a la demandada que la intervención no había podido producir el efecto esperado y que, además, ello se debía a una afección de la trompa izquierda que requería tratamiento, sin perjuicio de consignarlo en los documentos que entregó a la demandante, pues se trata de una cuestión de tal trascendencia que nada explica que lo haya omitido. Además, resulta evidente esa falta de información, precisamente por el embarazo posterior de la actora, pues nada explica que una mujer, casada, con hijos, profesional universitaria y que adoptó la decisión con su marido de no tener más familia, precisamente mediante un proceso de esterilización, informada de el fracaso de la misma tenga relaciones sexuales sin adoptar alguna medida de precaución”³⁴.*

³⁴ En algunos casos, la jurisprudencia se ha puesto a resolver la hipótesis contraria, es decir, casos en que la falla en la intervención y tratamiento de la paciente le impedirían concebir un hijo. Como, por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, rol N° 938-2005, 2 de noviembre de 2006. El médico había intervenido a la paciente para extraer un dispositivo anticonceptivo que llevaba en el útero. Como consecuencia de la intervención, entre otros daños, perforó el útero de la mujer.

4. Nuestra opinión

4.2. La posibilidad de demandar indemnización de perjuicios en casos de mala *praxis* médica³⁵

Compartamos o no la opinión de indemnizar todo o algún supuesto de *wrongful life* o *wrongful birth*, un estudio objetivo de la cuestión no puede hacer caso omiso, en principio, de la particular regulación otorgada por el ordenamiento jurídico de que se trate al aborto. Si la legislación de un país sanciona toda especie de aborto, se disminuye en forma notable su campo de aplicación, como ha probado el caso chileno. En caso contrario, esto es, en un sistema jurídico liberal que otorgue a las mujeres el derecho a disponer de su propio vientre, admitiendo la posibilidad de la práctica de abortos, y no sólo basados en la variante terapéutica, la discusión que nos ocupa despliega todo su polémico potencial.

Pero tampoco los sistemas que de modo amplio permiten el aborto han sido uniformes a la hora de otorgar reparación, por igual, en los casos de *wrongful birth* y *wrongful life*. Hemos visto, por ejemplo, que en EE.UU. se ha estado dispuesto a aceptar que la pérdida de la chance de abortar al hijo que nace con defecto constituye un motivo suficiente para indemnización, si los padres son quienes reclaman dichos daños (es decir, en casos de *wrongful birth*), pero otra cosa es que la vida se configure como daño. Por eso, las cortes norteamericanas son reacias a la reparación de dicha partida³⁶.

En concordancia con el párrafo precedente, ante un escenario como el que plantea la regulación chilena del aborto, y dada la derogación del aborto terapéutico, en la actualidad en nuestro país, en el evento de que un médico con culpa o dolo, no realice un diagnóstico correcto, de forma tal que no informe a la gestante de las taras, ya sean físicas o psíquicas, que afecten a la criatura, no podría fundarse una acción de indemnización de daños basada en el perjuicio de nacer o de criar a un hijo en tales condiciones. En otros términos, consideramos que, dado que no es lícito en nuestro sistema tipo alguno de aborto, aun el terapéutico, a lo menos apegándose estrictamente a las prescripciones del Código sanitario y del Código penal, no sería posible sostener la procedencia

³⁵ En ausencia de usos normativos e incluso, a pesar de ellas, el estándar de conducta es construido por el juez. Aun así, en materia de *praxis* médica, la determinación del estándar queda sujeta principal –y casi exclusivamente–, a la infracción de la *lex artis*. Tanto así, que la Corte Suprema en rol N° 6384-2008, 30 de noviembre de 2009 ha llegado a afirmar que el cumplimiento de la *lex artis* supone que el médico ha actuado con diligencia. Como afirma TAPIA (2002), p. 90, la *lex artis* comprende aquellos conocimientos adquiridos por la ciencia médica, con el objeto de prevenir, diagnosticar o sanar adecuadamente al paciente.

³⁶ Véase ROMERO (2010), p. 2571.

en la especie de una pérdida de una chance, puesto que, dicha *posibilidad de obtener algo*, en este caso, un aborto, no es permitida, sino más bien, todo lo contrario, sancionada por el legislador criminal.

Bajo este estado de cosas, es pertinente realizar otra consideración adicional: por lo expuesto en los párrafos anteriores, podría caerse en el equívoco de que el único presupuesto para iniciar una demanda por *wrongful life* o *wrongful birth* sería aquel en que no existe diagnóstico durante el embarazo o éste es errado, hipótesis en la que, según lo dicho anteriormente, se puede apreciar claramente que el ordenamiento punitivo impone un importante obstáculo a cualquier postura que sostenga la reparación de las figuras en estudio³⁷, sin embargo, siguiendo con el análisis propuesto, no podemos obviar que pese a esta prohibición del legislador penal, queda salva la posibilidad de iniciar una demanda por la variante preconceptiva de estas figuras, cuestión que *a priori* sería sustentable en nuestro sistema jurídico, puesto que no utiliza como presupuesto la factibilidad del aborto.

Por lo tanto, ¿significa lo anterior que existiría irresponsabilidad de parte del médico que ha errado en el diagnóstico? Por supuesto que no, ello iría en contra de los principios de la lógica, de la equidad y del *alterum non laedere*. Pero debemos precisar a qué nos referimos: se trata de erróneos diagnósticos que, al afirmar el estado de salud del *nasciturus* o la positiva predisposición genética de los progenitores para concebir un hijo sano, impidan, en un caso, la realización de tratamientos pertinentes que hubiesen posibilitado el lograr la salud del mismo, tales como intervenciones intrauterinas o la aplicación de medicamentos que terminen, por ejemplo, con una rubéola, y en otro tomar la decisión de tratar el estado que impide que su futuro hijo nazca con discapacidades o taras; o, bien preparar su llegada. De otro lado, también consideramos que, al margen de las restricciones que imponen figuras como el *wrongful life* o el *wrongful birth*, la falla en el tratamiento médico de una paciente, que conduce a un embarazo de la misma, podría dar lugar a demandas de responsabilidad, no como consecuencia del nacimiento, sino por la mala *praxis* médica.

Al efecto, nos parece que puede distinguirse entre errores en el diagnóstico y errores en el tratamiento. Siguiendo en este punto a Cárdenas y Moreno, entre los casos en los que se ha declarado la responsabilidad por falta de servicio (y, por tanto, como consecuencia de la mala *praxis* médica), se encuentran los supuestos de errores en la etapa de diagnóstico, concretamente en el diagnóstico que impide el tratamiento oportuno del paciente; de otro lado, también la responsabilidad puede configurarse cuando ha existido defectuosa aplicación o ejecución del tratamiento³⁸.

³⁷ Muy claramente en esta línea, por ejemplo, TOCORNAL (2014), pp. 212 y ss.

³⁸ CÁRDENAS y MORENO (2011), pp. 87 y ss.

Ambos casos pueden configurar hipótesis en que el embarazo o el nacimiento de un menor represente daños a los padres o al hijo, como consecuencia del error médico, como veremos seguidamente. Conviene aclarar, en todo caso, que la culpa en el diagnóstico es una situación de excepción, siendo solo posible cuando se trata de un diagnóstico usual, cuya equivocación revela una negligencia severa. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, al señalar que: *“el mero error de juicio, en circunstancias que el cuadro clínico no mostraba a un médico experimentado y diligente un camino terapéutico inequívoco, no da lugar a la responsabilidad”*³⁹.

La culpa en el tratamiento y su aplicación pueden dar lugar a una culpa médica cuando existe un defecto médico en su ejecución. Aquí la culpa asume distintas manifestaciones. Puede concurrir la culpa por impericia, en los casos en que el médico no conoce la técnica apropiada; puede verificarse la culpa por la realización de una acción o incurrir en una omisión, es decir, el médico no actúa en la forma que debió actuar; también existe culpa cuando el médico actúa de manera imprudente, esto es que actúa apartado del estándar exigible o, una culpa por acción en la que existe un exceso en el actuar que resulta reprochable; y por último, la culpa puede ser infraccional cuando el médico incumple un deber previsto en la ley⁴⁰.

En otras palabras, como explica acertadamente Macía Morillo, las figuras de *wrongful life* y *wrongful birth* encierran el problema del erróneo diagnóstico del profesional médico. Como indica Macía, en estos casos, los profesionales médicos: *“...omiten comunicar a los futuros progenitores cierta información sobre los riesgos que amenazan a la descendencia futura, o sobre las enfermedades o defectos de la ya concebida, o emiten un diagnóstico erróneo sobre el estado enfermo o discapacitado físico o síquico de un embrión o feto, o sobre los riesgos que amenazan a los futuros concebidos. Concretamente, la información que reciben los progenitores es que no existen los riesgos, enfermedades o defectos graves que se encuentran realmente presentes en el embrión o feto y que podían haber sido diagnosticados conforme a la lex artis (esto es, lo que se llama un ‘falso negativo’ en el diagnóstico)”*⁴¹. En cambio, los casos de *wrongful*

³⁹ Corte Suprema, rol N° 6229-2006, 30 de enero de 2008, pp. 111-162.

⁴⁰ Seguimos en este punto a PIZARRO (2008), p. 541. La jurisprudencia ha entendido de modo mayoritario que, en principio, la culpa del médico se configura por la infracción de la *lex artis*. La jurisprudencia ha definido la *lex artis* como: *“un catálogo de principios, prácticas y conocimientos técnicos no escritos que integran un código de conducta derivadas de la experiencia, exigida a quienes despliegan una conducta profesional que crea riesgo”* (Corte Suprema, rol N° 6779-07, 30 de marzo de 2009, p. 2.).

⁴¹ MACÍA (2009), p. 168. En el mismo sentido, es decir, pensar en los problemas de *wrongful birth* y *life* como errores de diagnóstico y, por tanto, problemas de información, véase ROMERO (2010), p. 2566: *“Cuando se interpone una acción –o demanda– por wrongful birth, se suele centrar la atención en*

conception pueden reconducirse en la mayoría de los casos a problemas de tratamiento médico y, en buena medida por ello, no tienen como presupuesto el aborto. Es por lo anterior que la Corte Suprema ha podido otorgar indemnizaciones en estos casos, como hemos visto.

Ahora bien, como examinaremos en los párrafos siguientes, una concepción del daño, como lesión a intereses, permitirá llegar a la conclusión de que éste puede configurarse, también en los casos de errores diagnósticos, aun cuando el sistema jurídico, como el chileno, no consagre la posibilidad de aborto.

4.3. El daño como la lesión a un interés

Las doctrinas para describir y definir el daño son variadas y no es nuestro interés detenernos en ellas⁴². A efectos de nuestro trabajo, en todo caso, nos interesa sobremanera distinguir el daño como lesión a un bien, un derecho o un interés. Ya desde el Derecho romano los juristas, a propósito de la *lex Aquilia*, por ejemplo, distinguieron entre la *aestimatio rei* y el principio *id quod interest*⁴³. Ello quiere decir que la jurisprudencia romana estableció las diferencias entre el daño como lesión a la cosa, frente al daño como lesión al interés, lo que sentaría las bases de un régimen de reparación, configurado, más adelante, con la escuela del derecho natural racionalista.

*las consecuencias directas que derivan del falso negativo imputable subjetivamente al facultativo y, en concreto, en relación a la actuación que podrían haber tenido los progenitores. En este sentido, se parte de que la actuación negligente del profesional sanitario, procedente de su ámbito de control, se traduce en un falso negativo, produciendo un defecto –o ausencia, a veces– en la información que reciben los progenitores respecto de los riesgos que amenazan a la futura descendencia –diagnóstico preconceptivo–, o concretado –el daño– en la descendencia ya concebida. A mi juicio, de lo que se trata, dicho en otras palabras más sencillas, es de un error de diagnóstico, o de un defecto en sede de consentimiento informado. Hay que tener en cuenta que se consiente, por lo general, sobre un tema que se conoce, o sobre los datos sobre los que se ha informado previamente, pero, si no hay información, o esta información está viciada, evidentemente hay posibilidad de accionar procesalmente en función de estos parámetros”. Es en esta perspectiva que la Excelentísima Corte Suprema ha fallado: “Los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlo. En otra forma, el acto médico tiene como presupuesto que se realiza de modo debido, de la manera como se indica según la *lex artis*”. Corte Suprema, rol N° 9-03, 19 de enero de 2005, p. 6. Como indica BARRROS (2009), p. 673, la *lex artis* significa un gran aporte en materia probatoria, especialmente si se toma en consideración las dificultades probatorias que suelen tener las víctimas, atendida la protección corporativa que realizan los médicos e instituciones de salud para con ellos mismos.*

⁴² Remitimos a nuestro trabajo AEDO (2006), pp. 238 y ss.; pp. 432 y ss. Para el concepto del daño, véanse DIEZ SCHWERTER (1998), pp. 17-25; 81-88. Este autor ya distinguía entre las tesis naturalísticas y las normativas. Para el Derecho comparado, remitimos a VINEY (1982), p. 307. En particular, tratándose del daño moral, ha sido tratado exhaustivamente el concepto por DOMÍNGUEZ (2000), pp. 43-85 y posteriormente por BARRIENTOS (2007), pp. 37-50.

⁴³ Para esta cuestión, véase nuestro trabajo AEDO (2009), pp. 325 y ss.

Una consideración similar puede hacerse respecto de la dogmática moderna tratándose del daño, porque es bien distinto comprender éste como la vulneración de un derecho o de un bien, que como la lesión a los intereses. La mejor explicación para la diferencia radica en lo siguiente. Concebir el perjuicio como estricta lesión a la cosa, al bien o al derecho, limita la reparación de acuerdo con la naturaleza de la cosa, bien o derecho. En otras palabras, para que un daño sea patrimonial, la cosa, derecho o bien debe tener esta naturaleza⁴⁴.

La concepción del daño como lesión a los intereses, en cambio, se desenvuelve en una órbita diferente, más amplia, si se quiere. Sea que el daño se estime jurídicamente tutelado o no, es claro que el radio de reparación es mucho más amplio que el bien o derecho sobre el que recae la lesión. Como explica Elorriaga, tradicionalmente en materia extracontractual se ha dividido el daño en material y moral, identificando los primeros con las personas o con las cosas. No obstante, agrega que la tendencia moderna es la de proponer una clasificación más amplia y técnica de los daños, planteando la división en patrimoniales y extrapatrimoniales, tomando como criterio de distinción el patrimonio⁴⁵. Los perjuicios patrimoniales recaerían sobre los intereses estrictamente patrimoniales de la víctima y, por tanto, directamente valorables desde la perspectiva económica. Los daños no patrimoniales, en cambio, recaerían sobre elementos de difícil estimación pecuniaria, ya que su contenido no es económico o, al menos, no lo es directamente. Los daños no patrimoniales, a su vez, asumen dos formas: los daños que recaen sobre la persona y los no patrimoniales, pero no personales. Dentro de los no patrimoniales personales encontramos al daño moral y al daño corporal⁴⁶.

En particular, este es el camino que han recorrido, en España, Martín Casals y Josep Solé, supuestos dañosos que ellos prefieren denominar anticoncepciones fallidas y que comprende casos de: a) operaciones de esterilización (vasectomías o ligaduras de trompas) negligentemente practicadas o practicadas de modo correcto, en las que se omite la oportuna información relativa a sus consecuencias; b) colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU), o puesta en circulación o comercialización de un mecanismo

⁴⁴ Tómese nota de los siguientes ejemplos: Para FUEYO (2004), p. 373: *“Esos derechos subjetivos pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Cuando se afectan los primeros, el daño es patrimonial. Si los segundos, el daño es extrapatrimonial o moral”*. Más modernamente, en el mismo sentido, BARRIENTOS (2007), pp. 42-43: *“Hoy la definición más aceptada es la que señala que el daño moral sería el no patrimonial o extrapatrimonial. Así el daño moral es preferible definirlo como la contravención de derechos extrapatrimoniales de una persona, y el daño patrimonial como el detrimento de derechos de orden económico de las personas por un tercero”*.

⁴⁵ ELORRIAGA (1994), p. 3.

⁴⁶ ELORRIAGA (1994), pp. 3-4.

anticonceptivo ineficaz, que no impiden el embarazo⁴⁷. Claro que estos autores indican que los supuestos de *wrongful life* y *wrongful birth* deben quedar fuera de tales hipótesis, porque se refieren a malformaciones de hijos no causadas por una negligencia médica. Aún así, el razonamiento relativo a los daños puede ser análogo. Piénsese en los siguientes casos. A una madre embarazada no se le practica, entre las 11 y las 14 semanas, examen alguno para determinar malformaciones genéticas, en particular el síndrome de Down, tanto así que al momento del parto conoce la verdadera situación de su hijo. Compáresele con el supuesto de defecto de tratamiento que hemos comentado (sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 2 de mayo de 2012), en que la defectuosa ligadura de la trompa de Falopio izquierda terminó con un embarazo de gemelas afectadas con el síndrome de Down.

En el fondo del argumento sobre el daño se encuentra lo que sistemáticamente se ha resuelto por los tribunales españoles. Como dicen Martín Casals y Solé: *“En los casos de anticoncepciones fallidas hay que rechazar la idea de que la existencia del hijo sea, en sí mismo, un daño indemnizable. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo español en la STS 5.6.1998 (Ar. 4275), al afirmar que “la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores”. La idea de que “el nacimiento de un hijo no puede ser considerado como un mal en sí mismo” es también reiterada por las sentencias de Audiencias Provinciales. Así, SAP Barcelona 30.7.1990 (RJC 1990/4); SAP Badajoz 22.4.1991 (La ley N° 1991-3); SAP Navarra 26.1.1999 (AC 1999\3020) o de algún Tribunal Superior de Justicia (STSJ Cataluña 9.11.1993, AS 1993\4887)”*⁴⁸.

Detengámonos en este punto, ¿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 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 entidad⁴⁹. Otra cosa, como se ha hecho en las hipótesis de *wrongful conception*, es reparar las afectaciones a los intereses que las hipótesis de errores diagnósticos o de tratamiento producen. Visto así, parecería que el requisito relativo al aborto, por ejemplo, no deja de ser un presupuesto formal, pero que no atañe a los requisitos de un régimen de responsabilidad.

⁴⁷ MARTÍN y SOLÉ (2001), p. 3.

⁴⁸ MARTÍN y SOLÉ (2001), p. 8.

⁴⁹ En esta perspectiva, por ejemplo, DE ÁNGEL (1989), pp. 65 y ss.

4.4. El daño en las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life*

4.4.1. El daño en las demandas de *wrongful birth*

Tratándose de la acción de *wrongful birth*, el daño estaría representado por el estado de desconocimiento al que se le indujo a las parejas que consultaban por la posibilidad de quedar embarazadas, o la privación de la posibilidad de abortar, en los países que está permitida esta opción, vulnerarían el derecho de autodeterminación y libertad procreativa de la mujer y su propia dignidad⁵⁰, toda vez que le privaron a la mujer o a los padres de la elección a la que tenía derecho y, como consecuencia de ello nació una persona que por sus especiales características le significa un daño. Del mismo modo, este nacimiento o la misma concepción generan una serie de gastos que pueden llegar a ser exacerbados. Además, el daño que se reclama por medio de estas pretensiones indemnizatorias debería incluir, siguiendo a Macía, los perjuicios resultantes de las tensiones y problemas que surgen entre los padres por el nacimiento o la mera concepción de un niño con discapacidades⁵¹.

A nuestro juicio, el daño, en el caso de los padres, no debe fundarse en la posibilidad de haber abortado, sino simplemente en las lesiones, especialmente psíquicas, que la falta de diagnóstico o tratamiento hubiera permitido que el nacimiento de un menor con alguna deficiencia, se enfrentara con un sostén emocional. Todo niño es una bendición, pero los padres necesitan un proceso para adaptar la nueva realidad, sobre todo cuando ésta es ignorada. Aun cuando los padres tengan perfecta conciencia de la existencia de la llegada de un hijo con deficiencia, pueden generarse (y lo normal es que se generen) respuestas neuróticas frente a la situación, derivados de la culpa. Como afirma Castilla del Pino, los mecanismos psicológicos tienden a evadir, negar o eliminar dicha culpa. La angustia persiste por lo que el autor denomina la *pregnancia* del problema irresuelto, que persiste en el fondo de la conciencia y que produce algunos síntomas morbosos, como el dormir liviano, la despreocupación de situaciones urgentes, distracciones, etc.⁵² Sin embargo, señala el autor que algunos casos, la urgente necesidad o dolor derivado de la culpa no conduce al individuo a una solución inmediata del problema: hay pacientes que se saben culpables o que se atribuyen la responsabilidad del acontecimiento, pero buscan ocultarlo, para evitar una desvalorización que se les ha conferido. Así,

⁵⁰ Véase GARRIGA (2003), p. 3.

⁵¹ MACÍA (2009), p. 185. Véase también, ROMERO (2010), pp. 2565 y 2566.

⁵² Como explica en CASTILLA DEL PINO (1972), p. 43: “La no libertad, la coartación mayor o menor de la persona en conflicto surge de un proceso del tipo llamado “efecto Zeigarnick”. Lo no resuelto persiste y se fija algún tiempo, impidiendo la libre continuidad de la persona...”.

a la necesidad imperiosa de dejar de ser culpable, se opone la necesidad de ocultar “mi culpa” a los demás⁵³. Y con mayor razón estos fenómenos de índole psicológica se presentarán en quienes han tenido desconocimiento de la existencia de un hijo con dificultades, físicas o psicológicas. La preparación de un hijo, incluso su gestación, importa un estrés suficientemente tratado en la literatura especializada⁵⁴. Es perfectamente posible, en consecuencia, asumir que los padres experimentarán culpa (manifestada en tristeza, rechazo, incluso indiferencia) y que ello les generará consecuencias psíquicas, que, debiendo ser probadas en el proceso respectivo, afectarán tanto su relación de pareja, como las relaciones con el hijo que se espera.

Por idénticas razones deberíamos estar dispuestos a asumir que puede generarse para los padres un daño patrimonial, como consecuencia de los gastos médicos (que pueden traducirse en hospitalizaciones, cirugías, tratamientos prolongados o de por vida, etc.), así como gastos generales necesarios para la mantención del hijo, que no digan relación directa con gastos ordinarios de salud. A nuestro juicio, lo relevante es que dichos desembolsos pecuniarios estén asociados a la patología del hijo, como por ejemplo, gastos extraordinarios en educación. No podrían los padres pretender, a nuestro juicio, la indemnización de desembolsos que en cualquier caso deben efectuarse por el nacimiento y crianza de un hijo, desde que, como hemos advertido, la reparación del daño en esta sede no se sitúa en la pérdida de la chance de abortar, sino en los perjuicios o menoscabos extraordinarios que implica hacerse cargo, ahora desde la perspectiva de los intereses patrimoniales, de la vida de un hijo con dificultades motoras, cognitivas, etc.

En España se ha defendido esta perspectiva, considerando que el daño de los padres se traduce en un verdadero daño por rebote, en el sentido que el daño está constituido por el daño moral de los padres por la diaria contemplación de un ser doliente, y daño patrimonial por la crianza, atención, educación y mantenimiento de una criatura no sana⁵⁵. No obstante que la perspectiva planteada, es decir, la consideración de que el daño reclamado por los padres es un perjuicio por repercusión, parezca idónea para comprender la naturaleza de

⁵³ CASTILLA DEL PINO (1973), pp. 51-55; 125-159.

⁵⁴ Por todos, GÓMEZ LÓPEZ, ALDANA CALVA, GONZÁLEZ CAMPILLO, MOTA GONZÁLEZ Y SÁNCHEZ PICHARDO (2009), pp. 215 y ss.

⁵⁵ ROMERO (2010), p. 2568. De estimarse el daño que pueden reclamar los padres como un daño por rebote, un problema adicional se presenta con la legitimación, como advierte la propia ROMERO (2010), p. 2569, por cuanto el Derecho español no establece ningún mecanismo de prelación o limitación para las demandas de daño moral. Desde luego, un problema idéntico se presenta en el panorama chileno. Para esta materia, remitimos al trabajo de ELORRIAGA (2007), pp. 299 y ss.

los daños que los padres demandarán, no está ajena a problemas dogmáticos en su construcción. Veamos.

Hay ciertas dificultades para conceptualizar el daño que los padres pueden demandar como daño por rebote. El daño por rebote afecta a personas distintas del directamente afectado⁵⁶. Ello quiere decir que, para que pueda hablarse de daño por rebote, tiene que necesariamente haber una víctima directa por la acción del hecho ilícito. Enfrentado al problema que analizamos, se presentan dificultades a la hora de configurar las demandas de *wrongful birth* como acciones de daño por rebote, sea éste patrimonial o moral, puesto que deberíamos aceptar la premisa de que el hijo, que ha nacido con ciertas taras o deficiencias, físicas o psíquicas, es el afectado directo de la falla diagnóstica del médico. Con ello la opción del daño por rebote en las acciones de *wrongful birth* implica considerar, necesariamente, que el hecho de nacer constituye un daño (no apreciamos que pueda conceptualizarse como tal otro). Ello presenta, a nuestro juicio, tres problemas dogmáticos, que analizaremos brevemente.

En primer lugar, asumir que el daño con el que se reclama en virtud del *wrongful birth* es un perjuicio por rebote, supone también aceptar que el daño es la lesión a bienes o derechos. Si la tesis del perjuicio por rebote persigue abandonar la idea de que el nacimiento de un menor es erróneo o injusto, termina volviéndose al mismo lugar. Ya se ha argumentado que desde una hipótesis distinta del daño, es decir, entendido éste como lesión a intereses, puede desligarse de la idea que el daño está representado por el hecho del nacimiento o de la vida y, por esa vía, que la reclamación de daños se funde en la pérdida de la chance de abortar. Desde esta perspectiva, los daños que los padres puedan reclamar son directos, antes que por rebote, desde que el perjuicio es, repetimos, lesión a los intereses de la víctima, con independencia de la cosa o derecho lesionado.

En segundo lugar, la acción de daño por rebote se encuentra limitada por la doctrina a los casos o hipótesis de lesiones o muerte de la víctima directa⁵⁷. Aunque Elorriaga indica que puede haber otros supuestos de aplicación, sin señalarlos⁵⁸, lo cierto es que la doctrina termina limitándolos. Y, por esta vía,

⁵⁶ Véase BARROS (2009), p. 345 y ELORRIAGA (1999), pp. 369-370. Como señala Elorriaga: “*En rigor, estos sujetos no son víctimas inmediatas del hecho ilícito, ya que es de entera evidencia que el impacto esencial del sujeto lesivo recayó sobre el personalmente lesionado. Sin embargo, a pesar de no haber sido afectados en su persona física, es de entera evidencia que ellos sufren un perjuicio a consecuencia del siniestro, al verse alcanzados en sus sentimientos, en su subsistencia o en los gastos en que deban incurrir derivados de los daños de la víctima inicial*”.

⁵⁷ Véase en este sentido, BARROS (2009), p. 345; ELORRIAGA (1999), p. 369 y ELORRIAGA (2007), p. 297.

⁵⁸ ELORRIAGA (2007), p. 297.

resulta difícil pensar que el nacimiento de un menor pueda ser un evento que se pueda equiparar a la muerte, o las lesiones físicas, cuyas consecuencias alcanzan a un tercero.

Por último, parece complejo admitir el escenario de la legitimación que plantea el daño por rebote. Según Bidart, tratándose del daño patrimonial, las víctimas por repercusión o rebote son las que han sufrido un perjuicio en su patrimonio, al verse privadas de todo o parte del auxilio pecuniario o de los beneficios que el ofendido le proporcionaba⁵⁹. En el caso del daño moral, resulta evidente que éste puede proyectarse más allá del ocasionado a la víctima directa, repercutiendo en la esfera de otras personas. Como señala Domínguez Hidalgo, esta situación se presenta en los supuestos de *pretium doloris*⁶⁰.

En el sistema chileno Domínguez expresa que, de atenderse a estrictos criterios reparatorios, la respuesta debería ser muy amplia: todos aquellos que pudieran acreditar con la víctima alguna relación de afectividad tendrían derecho a indemnización. La cuestión se reduciría a la prueba del vínculo⁶¹. Una posición más rígida sustenta Bidart, por cuanto indica que el círculo de legitimación de la reparación por daño por repercusión debe limitarse a los herederos, admitiendo inclusive a los hermanos. Sin embargo, el sentimiento experimentado por un amigo no sería suficiente para pronunciarse⁶². En un sentido similar, Elorriaga entiende que establecer como parámetro la sola existencia del daño, es una respuesta teórica que puede conducir, en los hechos, a excesos⁶³.

En cuanto a la jurisprudencia, en general, el criterio es admitir en términos amplios la indemnización por el daño indirecto. En este sentido, se considera que la indemnización por daño moral debe concederse a todo aquél que acredite haber sufrido un real y efectivo dolor profundo. El vínculo de parentesco hace suponer la depresión, dolor o angustia en que se traduce el daño moral invocado. Por último, si se trata de varias víctimas, las acciones de cada ofendido son independientes. No hay solidaridad activa entre ellas. Pueden

⁵⁹ BIDART (1985), p. 58.

⁶⁰ DOMÍNGUEZ (2000), p. 737. En el derecho comparado, los sistemas se dividen a la hora de determinar la legitimación de la víctima indirecta. Existen sistemas que admiten con amplitud la legitimación activa de los damnificados indirectos, destacándose Francia, país en el que se ha reconocido una amplia legitimación, exigiéndose la existencia de sentimientos de afección lesionados. En otros países, la acción se admite limitadamente respecto de algunos sujetos, como por ejemplo, en el sistema argentino, venezolano y portugués. Sobre el problema, véase PIZARRO (2000), p. 178. En Argentina la cuestión ha sido sumamente debatida, criticando los autores la regulación establecida en el artículo 1078, conforme al cual pueden demandar sólo los herederos forzosos de la víctima.

⁶¹ DOMÍNGUEZ (2000), p. 738.

⁶² BIDART (1985), p. 65.

⁶³ ELORRIAGA (2007), p. 300.

ejercerse las acciones separada o conjuntamente, pero en este último caso el juez deberá fijar un monto para cada víctima. La transacción o la renuncia a la acción indemnizatoria (aunque sea de parte de la víctima principal o directa) no afectan a las demás acciones. Tampoco produce cosa juzgada respecto a los demás eventuales demandantes⁶⁴.

Como puede apreciarse, considerar los daños que los padres pueden reclamar como daños por rebote o repercusión presenta problemas que pueden considerarse insalvables. Por el contrario, dichos problemas pueden superarse si estimamos que frente a los defectos de diagnóstico médico los padres sufren un perjuicio directo. La afectación de los intereses que la doctrina española ha intentado construir desde la óptica del daño por repercusión bien puede considerarse un perjuicio inferido a los padres, sin recurrir a la idea de que el menoscabo directo consiste en la vida defectuosa del hijo.

Finalmente, a nuestro juicio, queda todavía pendiente el problema de la previsibilidad de los daños. En efecto, parece patente que la demanda de *wrongful birth* se dirigirá, en primer lugar, contra el médico y, en este sentido, puede afirmarse que el problema de la responsabilidad se radica en el ámbito de la responsabilidad contractual⁶⁵. En el régimen de responsabilidad civil contractual, como se sabe, debe ser aplicado el artículo 1558, que constituye una limitación de responsabilidad para el caso que el deudor haya actuado con

⁶⁴ En este sentido, el fallo de la Corte Suprema, 15 de diciembre de 1938, p. 128. En otra oportunidad, la Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991, p. 103, resolvió que los legitimados no es sólo la víctima, sino todos aquellos que sufren en sus propios sentimientos o afectos, como sus parientes. Véase también la sentencia de la Corte Suprema, rol N° 1317-2011, 6 de diciembre de 2011. En la sentencia de la Corte Suprema, rol N° 9428-13, 9 de diciembre de 2013, se declaró: *“La pretendida limitación de la acción para reclamar la indemnización por daño moral en el caso de las víctimas por repercusión y el orden de prelación que esgrime no están consagrados en nuestro código sustancial. Por el contrario, la sola lectura de los artículos 2314 y 2329 del citado cuerpo legal lleva a descartar tal hipótesis, pues el tenor literal de estas normas permite concluir que todo daño producido por la conducta negligente de otra persona puede dar lugar a responsabilidad. Así, basta que exista un daño, proveniente de la acción u omisión culpable de un tercero para que dé origen a la obligación de indemnizar de su autor. El daño –requisito de la responsabilidad extracontractual– constituye además el objeto del juicio en el que se demanda, puesto que aquel es la medida y el límite del monto a indemnizar, debiendo existir entre el daño y la indemnización una directa proporcionalidad. Es por tal razón que la indemnización del daño moral en el caso de muerte de la víctima puede ser solicitada no sólo por los parientes más cercanos en su calidad de víctimas por repercusión sino que por toda aquella persona que haya sufrido un perjuicio significativo derivado de la defunción”*.

⁶⁵ Que la relación médico-paciente genera un régimen contractual, es un principio admitido por nuestra doctrina. Véase, en este sentido BARROS (2009), p. 656 y GUAJARDO (2005), pp. 29-30. Incluso, la doctrina mayoritaria entiende que la relación del paciente con el establecimiento de salud y el médico es contractual; y, en los casos de inconsciencia del paciente, se ha recurrido a la figura de la estipulación a favor de otro. Véase TOCORNAL (2014), p. 81 y BRANTT (2008), pp. 505-508.

culpa⁶⁶. En virtud del artículo citado, ¿debe el médico hacerse cargo de todos los daños que se generan como consecuencia de la falta de diagnóstico oportuno?

Basándonos en el artículo 1558 del Código Civil, daño directo es aquel que es una consecuencia inmediata o directa del incumplimiento contractual. En palabras de Corral, analizando la causalidad contractual: *“Los casos más frecuentes de incumplimiento se producen simplemente por una inacción del deudor. Es decir, la responsabilidad contractual en la mayoría de los casos será una responsabilidad por omisión; por no haber hecho lo que se debía hacer”*. En el supuesto que nos ocupa, el deber de actuar del médico tiene su origen en el contrato: *“Es el contrato el que inviste en posición de garante al deudor a favor de los intereses del acreedor tutelados por la prestación”*⁶⁷.

Considerando la omisión que constituye la causa de los daños que analizamos, es posible pensar que la falla en el diagnóstico médico no es la causa del embarazo de la mujer (desde que no aceptamos la configuración del aborto como chance), pero en cambio puede afirmarse una particularidad de éste; el nacimiento de menores afectados de cierta enfermedad, como por ejemplo, el síndrome de Down. De este modo, puede afirmarse la existencia de una relación de causalidad entre la omisión del médico y los daños alegados por los padres, puesto que se trata de consecuencias que derivan de manera inmediata del incumplimiento contractual del médico. Cuestión diversa es determinar si tales perjuicios fueron o no previsibles.

El citado artículo 1558 excluye la indemnización de los daños directos imprevistos, salvo que exista dolo por parte del deudor. ¿Cuándo el daño es imprevisto?, ello sucede si las partes no han podido, al momento de celebrarse el contrato, representarse su ocurrencia. Como ha planteado Corral, *“[L]o que importa en definitiva no es que las partes efectivamente previeran la ocurrencia del daño sino de que pudieran preverlas. Se trata de un juicio, no de previsión efectiva, sino de previsibilidad, de que las partes estaban en situación de haber previsto aunque en realidad no lo hayan hecho”*⁶⁸. Llegados a este punto nos preguntamos, ¿pudo preverse, al momento de celebrar el contrato, que no diagnosticar oportunamente trae como consecuencia los perjuicios que se reclaman por el nacimiento con taras y afecciones de salud, cognitivas, volitivas o motoras?

⁶⁶ Se trata de un juicio distinto del de la culpa, pero resulta innegable que ésta desempeña un papel de relevancia en él. Para determinar si hay culpa del deudor, en el ámbito de la responsabilidad médica, debemos atender a lo que la doctrina conoce como concepto normativo, es decir, comparar la conducta del médico con un estándar erigido en razón del deber de cuidado que la norma, la *lex artis* o el juez determine. Para esta cuestión remitimos a nuestro trabajo AEDO (2014), pp. 485 y ss. Para la culpa médica, véase PIZARRO WILSON (2008), pp. 176-177.

⁶⁷ CORRAL (2010), p. 159.

⁶⁸ CORRAL (2010), p. 178.

Debemos distinguir entre, por una parte, el embarazo, y por la otra, el nacimiento de los menores con patologías. A diferencia de las demandas de *wrongful conception*, la falta de diagnóstico oportuno permite afirmar la responsabilidad del médico respecto de los daños que se generan al nacer infantes con defectos físicos o psíquicos, en una buena parte de casos. Durante el embarazo, como se sabe, la impresión diagnóstica mediante la ecografía del primer semestre permite al médico, a través de la traslucencia nucal, determinar la existencia de patologías, como el síndrome de *Down*. En caso afirmativo, la confirmación de dicha patología, así como de un número importante de enfermedades (entre ellas, la anencefalia, trisomía 18 o trastornos metabólicos), se obtiene mediante la amniocentesis⁶⁹. En suma, es posible que mediante un diagnóstico acertado el médico pueda determinar la existencia de enfermedades por alteraciones genéticas (enfermedades hereditarias), alteraciones cromosómicas (como el síndrome de Down) y malformaciones (órganos anómalos).

Si se piensa en el síndrome de Down, por ejemplo, en el evento de incumplimiento, no podía el médico prever que los menores tendrían la tara mental aludida, dado que ella encuentra sus orígenes en un mayor número de cromosomas (se presenta una copia extra del cromosoma 21, o una parte del mismo, lo que se denomina trisomía, lo que genera alteraciones a nivel del cerebro y del cuerpo)⁷⁰. Sin embargo, la cuestión de la previsibilidad no se refiere a la efectiva previsión del resultado, como se ha visto, sino a la falta de previsión que a un profesional medio puede exigirse, acorde a las técnicas de la ciencia que practica. La falla diagnóstica es la que justifica, en consecuencia, la responsabilidad del médico porque, de haber previsto lo que debía preverse, el resultado dañoso hubiese sido diverso para los padres. Naturalmente, cuando el defecto, anomalía o problema del feto no está al alcance de la impresión diagnóstica, no podrá afirmarse, a nuestro juicio, la responsabilidad del médico.

⁶⁹ Desde su aparición, se transformó en un procedimiento estándar en ciertas circunstancias para detectar posibles defectos de nacimiento. En este procedimiento se extrae una pequeña cantidad de fluido amniótico, que contiene células fetales, entre la 14ª o 16ª semana de gestación y se cultivan por un período que puede ir de 2 a 6 semanas. Una vez obtenidos los resultados, los facultativos pueden detectar la presencia de alrededor de 100 anomalías genéticas con, virtualmente, un 100% de precisión y un muy bajo riesgo para el *naciturus*. Junto a este procedimiento debemos agregar el ultrasonido, que es utilizado abundantemente para detectar ciertos defectos genéticos, las ecografías morfológicas, mucho más precisas que las anteriores, y otros exámenes que permitan determinar antes de la concepción si padres con alto riesgo, son portadores de cierto tipo de enfermedades hereditarias. Véase DONOVAN (1984), p. 67.

⁷⁰ Sobre el particular, véase, CORRETER *et al.* (2005).

4.4.2. El daño en las demandas de *wrongful life*

Ya hemos analizado que en las demandas de *wrongful life* se reclama el mismo hecho del nacimiento. Por la misma razón, este tipo de demandas se ha limitado en el Derecho comparado, sin perjuicio que se han buscado argumentos para sustentar la reclamación de los perjuicios en la consideración de la vida como daño.

Así, dicho en términos simples, la vida no constituye el contenido del daño, desde una perspectiva jurídica, sino aquellos intereses que para la víctima supone la conducta a la que puede atribuirse la responsabilidad; en otras palabras, las demandas de *wrongful life* no tendrían por qué, necesariamente, fundarse en la lesión que significa una vida, sino en el menoscabo patrimonial y moral que supone la ausencia de diagnóstico o procedimiento oportuno, traducido en la vida en condiciones que son penosas para el menor. Esta fórmula ya ha sido explorada en el derecho comparado. Como explica Macía Morillo: *“No obstante, conscientes los demandantes del rechazo que puede recibir el planteamiento de una demanda de responsabilidad cuyo daño se centre en el nacimiento mismo de un hijo, por su contrariedad con valores fundamentales del Ordenamiento, cambian el enfoque de su pretensión; en concreto, alteran el presupuesto de la reclamación e identifican el daño con un interés que socialmente pueda ser considerado como jurídicamente protegido. Separan, pues, el daño reclamado del hecho de la vida del hijo –aplicando el mismo razonamiento que maneja la doctrina alemana de la separación, o Trennungslehre– y centran éste, bien en la lesión de la libertad de procreación que reconoce a todo sujeto el artículo 10.1 CE (Martín Casals, 2000, pp. 190-195)¹⁰, o bien en los gastos que acarrea el niño (García Rubio, 1998, p. 1218)”. Agrega: “Me detengo aquí para llamar la atención al lector sobre este enfoque en el razonamiento, ya que se trata de un mecanismo muy similar al que se empleará para afirmar el daño en el estudio de las acciones de *wrongful birth*, como luego se verá. Y se trata de un mecanismo eficaz, puesto que actualmente este tipo de reclamaciones de responsabilidad son admitidas generalmente por los tribunales españoles, prácticamente sin objeciones, siempre que existiera un comportamiento negligente en la actuación del responsable (generalmente en relación con sus obligaciones de información)”⁷¹.*

A nuestro juicio, el argumento que viene exponiéndose, especialmente el relativo al fundamento de la vida en condiciones desventajosas, puede servir de fundamento para la reclamación del daño moral.

⁷¹ MACÍA (2007), pp. 9-10.

En principio, la consideración de la vida defectuosa permite fundar, para un caso como el chileno, la indemnización del daño moral (y sin necesidad del requisito del aborto), pero dicha construcción tampoco está exenta de problemas, por cuanto es probable que los problemas físicos y/o psíquicos del hijo (como supuestos de síndrome de Down) supongan que difícilmente éste tenga verdadera conciencia del daño que se pretende reparar. O pudiera ocurrir que las afecciones de salud del hijo sea de tal entidad o naturaleza, que se encuentre en estado vegetativo o privado de razón. La pregunta que podemos formularnos es si puede una persona que carece de conciencia del daño, demandar tales perjuicios⁷². Evidentemente, la respuesta a esta cuestión dependerá del concepto de daño moral: una tesis amplia y objetivada del mismo admitirá con mayor facilidad una reparación en estos casos⁷³.

En doctrina se han formulado dos posiciones. Para Corral la indemnización por *pretium doloris* no procedería en los casos en los que el sujeto se encuentre en coma, pero la admite tratándose de afectaciones a derechos de la personalidad⁷⁴. Una concepción más amplia de daño moral, es decir, entender éste como lesión a derechos, bienes o intereses, permite aceptar la reparación de sujetos en estas condiciones⁷⁵. Para Pizarro la ausencia de discernimiento no excluye la posibilidad del daño moral pues aquél es condición personal que se valora cuando se considera a una persona como agente de actos lícitos o ilícitos, pero no como posible víctima del obrar ajeno. Y agrega: *“La posible falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter axiológicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizarse, más (sic) no hacen a su esencia”*⁷⁶.

De manera más general, la cuestión de la reparación del daño moral de personas en estado vegetativo o inconscientes se encuentra inserta en el problema del conocimiento o la conciencia del daño. Si se sigue la tesis del *pretium doloris*, habrá que concluir que las afectaciones psíquicas, en general, deben

⁷² Véase VINEY y JOURDAIN (1998), p. 44.

⁷³ Véase nuestro análisis en AEDO (2006), pp. 487-489.

⁷⁴ CORRAL (2004), p. 155. La negativa a reparar el *pretium doloris* de personas en estado vegetativo se fundamentaría en que por causas patológicas o por insuficiente desarrollo mental, dichas personas carecerían de capacidad para experimentar daño moral. De acuerdo con esta teoría, se parte del supuesto que el daño moral es subjetivo por esencia y, por tal motivo supone, necesariamente, la conciencia de la víctima. De esta manera, su propia existencia está ligada a la percepción de desagrado y a la sensación negativa en la subjetividad que dimana del mismo.

⁷⁵ Seguimos en este sentido a BARROS (2009), p. 327.

⁷⁶ PIZARRO (2000), pp. 268-269.

encontrarse emparentadas con el grado de conciencia del sujeto que reclama el daño. Esto es lo que razonó, precisamente, la Corte Suprema, en la sentencia de 5 de marzo 2007, Castilla y otro con Empresa Eléctrica Austral. Al respecto, dijo la Corte que: “...la reducción de indemnización por exposición imprudente al daño, en el caso de un menor de edad dañado por un ilícito civil, opera sólo respecto de sus padres, y no de sus hermanos. No obstante, éstos recibirán una cantidad sustancialmente menor por daño moral, toda vez que por su corta edad no es posible asimilar el dolor sufrido por ellos al de los padres”⁷⁷.

No obstante, en algunos casos la jurisprudencia ha soslayado el problema de la comprensión o conciencia del perjuicio y, aun considerando el daño moral como aquel referido al ámbito psíquico de los sujetos. En la sentencia de la Corte Suprema, de 11 de abril de 1995, se razonó que aun cuando los menores de edad demandantes no estaban en condiciones de comprender la muerte de su padre, ésta le provoca una pérdida irreparable y un menoscabo moral que se debía indemnizar⁷⁸. En un sentido similar, la Corte Suprema, por sentencia de 13 de septiembre de 2001, acogió la demanda intentada por un menor de cinco años, estableciendo que su principal interés vulnerado era el interés superior del niño, consagrado en pactos internacionales, ordenando mantener parte de la indemnización otorgada en una cuenta de ahorro hasta que el menor alcanzara la mayoría de edad, para actuar con suficiente juicio y discernimiento⁷⁹. Ello nos dice, como corolario, que la reflexión del daño moral como lesión a intereses permitiría sustentar, de mejor modo, la lesión de un menor, cuyas posibilidades de vida se vieran afectadas por una falla en un diagnóstico adecuado, o, bien, en el tratamiento oportuno que debió haber sido dispensado, bien a los padres, bien al propio menor.

Finalmente, al margen de estas consideraciones, el problema de la previsibilidad, como se ha desarrollado en el caso del *wrongful birth*, tiene plena aplicación en las esferas de demandas de *wrongful life*.

5. Conclusiones

A modo de conclusiones, pueden formularse las siguientes:

- Las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life* exigen como uno de sus requisitos fundamentales, para la doctrina comparada, la legalización del aborto

⁷⁷ Corte Suprema, 5 de marzo 2007.

⁷⁸ Corte Suprema, 11 de abril de 1995, p. 210. La cuestión de la comprensión o conciencia del daño, es un problema que ha preocupado a la doctrina y que se resuelve de acuerdo con el concepto de daño que se sostenga. Sobre el punto, nos parecen particularmente relevantes los trabajos de PIZARRO (2004), pp. 264 y ss. Resultan también muy interesantes las reflexiones de ZAVALA DE GONZÁLEZ (1996), pp. 19 y ss.

⁷⁹ Corte Suprema, 13 de septiembre de 2001.

o, en otros términos, el permitir a la mujer, en determinados casos o de modo general, la interrupción del embarazo;

- Sin embargo, como muestran los casos del Derecho comparado, se ha aceptado que la pérdida de la chance de abortar al hijo que nace con defecto constituye un motivo suficiente para indemnización, si los padres son quienes reclaman dichos daños (es decir, en casos de *wrongful birth*), pero se ha rechazado la idea (como en los casos norteamericanos y español) de que la vida se configure como daño, es decir, hipótesis de *wrongful life*;

- Nuestra perspectiva apunta a desentenderse del rigorismo técnico y explorar en qué casos las figuras antes descritas pueden dar lugar a una acción de responsabilidad civil en supuestos de mala *praxis* médica. De otro lado, las zonas fronterizas entre el *wrongful life*, *birth* y *conception* son bastante débiles. Importa, por lo tanto, reforzar la idea de que no puede concebirse el perjuicio a partir del nacimiento de un ser humano, pero éste y sus padres podrán demandar si la calidad de vida de ambos (y sus intereses, especialmente extrapatrimoniales) resultan menoscabados como consecuencia de la infracción de la *lex artis* del médico;

- Desde una lectura del daño como lesión a los intereses ha sido posible buscar un fundamento diferente para las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life*, que no exija como requisito la posibilidad de abortar por parte de la mujer.

- Así, tratándose de las demandas de *wrongful birth*, se ha pensado que el daño (especialmente el moral) no está representado por la pérdida de la chance de abortar, sino que se funda en el denominado daño por rebote o repercusión, traducido en una afectación de los intereses que los padres han visto afectados, como consecuencia de la crianza de un menor con dificultades, físicas o psíquicas.

- A nuestro juicio, la consideración del daño de los padres como daño por rebote plantea problemas insalvables, al menos en tres ámbitos: en primer lugar, porque el daño por repercusión supone un lesionado directo y, por esta vía, debe reconocerse que la lesión del hijo (perjudicado directo) se traduce en su nacimiento (criterio del que la doctrina del daño por rebote pretende escapar). En segundo lugar, porque el daño por rebote se limita a los casos de lesiones físicas y muerte del dañado directo, lo que hace difícil asimilarlo, nuevamente, al nacimiento del hijo; y, en tercer lugar, por los evidentes problemas de legitimación que la partida indemnizatoria encierra.

- Por estas razones se ha propuesto en la investigación que los intereses, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales de los padres, traducidos en la falla del diagnóstico médico, pueden ser considerados daños directos.

- Pero, repetimos, la responsabilidad civil subsecuente no puede plantearse por la chance que han perdido los padres de abortar el feto. Por el contrario, tales problemas, en nuestro Derecho, pueden reconducirse, consideramos, a

la estimación de aquellas medidas, por un lado, que los padres pudieron haber adoptado para mejorar la situación y calidad de vida de su hijo, sea antes del nacimiento o una vez nacido.

- De otro lado, nos parece perfectamente posible que el hijo pueda demandar la afectación de sus intereses extrapatrimoniales, no ya por haberle dejado vivir, sino por las condiciones desfavorables en las que tendrá que desarrollar su proyecto de vida. Esta es la solución que en el Derecho comparado se ha ofrecido para admitir demandas de *wrongful life*, tesis que compartimos, siempre que se haga hincapié en que el daño debe ser conceptualizado como lesión a los intereses de la víctima, con lo que se evita el problema de rechazar la partida indemnizatoria, cuando la víctima no es consciente o plenamente consciente de la afectación que ha sufrido.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AEDO BARRENA, Cristián (2006): *Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Librotecnia).
- AEDO BARRENA, Cristián (2009): “Los requisitos de la *lex Aquilia*, con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero”, en: *Ius et Praxis* (Año 15, N° 1), pp. 311-337.
- AEDO BARRENA, Cristián (2010): “El uso de estacionamientos como acto de consumo: reflexiones sobre la causalidad y la culpa. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 30 de marzo de 2010”, en: *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte* (17, 1), pp. 213-239.
- AEDO BARRENA, Cristián (2014) “El concepto normativo de la culpa”, en: Susan Turner Saelzer y Juan Andrés Varas Braun (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, LegalPublishing Thomson Reuters).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2007): *El resarcimiento por daño moral en España y Europa* (Salamanca, Ratio Legis).
- BARROS BOURIE, Enrique (2009): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, reimpresión de la primera edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BIDART HERNÁNDEZ, José (1985): *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2008): “Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento”, en: Alejandro Guzmán Brito (editor científico), *Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y MORENO MOLINET, Jaime (2011): *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio* (Santiago AbeledoPerrot, Thomson Reuters).
- CASTILLA DEL PINO, Carlos (1972): "La situación, fundamento de la antropología", en: él mismo, *Dialéctica de la persona. Dialéctica de la situación* (Barcelona, Península).
- CASTILLA DEL PINO, Carlos (1973): *La culpa* (Madrid, Alianza Editorial, 2ª edición).
- COLMAN VEGA, Luis (2012): "Wrongful life y wrongful birth como partidas indemnizatorias: una mirada desde el derecho a la vida", Memoria de grado, Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2004): *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Corral Talciani, Hernán (2010): *Contratos y daños por incumplimiento. Estudios sobre su régimen jurídico y la responsabilidad por incumplimiento* (Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing).
- CORRETGER, Josep M. et al. (2005): *Síndrome de Down: Aspectos médicos actuales* (Barcelona, Editorial Masson para la Fundación Catalana del Síndrome de Down).
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1993): *Tratado de Responsabilidad Civil* (Madrid Civitas).
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1995): *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)* (Madrid, Civitas).
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1999): *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba* (Civitas, Madrid).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños* (Madrid, Civitas, 2ª edición).
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis (1998): *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 1ª edición).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000): *El daño moral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DONOVAN, Patricia (1984): "Wrongful birth and Wrongful conception: The legal and moral issues", en: *Family Planning Perspectives* (Volumen XVI, N° 2).
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1994): "Configuración, consecuencias y valorización de los daños corporales", en: *Cuadernos Jurídicos. Universidad Adolfo Ibáñez* (N° 1).
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1999): "Del daño por repercusión o rebote", en: *Revista Chilena de Derecho* (Volumen XXVI, N° 2), pp. 369-398.

- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2007): “Novedades judiciales en torno al daño moral por repercusión”, en: Hernán Corral Talciani y María Sara Rodríguez Pinto (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, LexisNexis).
- FUEYO LANERI, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición actualizada por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez).
- GARRIGA GORINA, Margarita (2003): “Negligencia en el diagnóstico prenatal”, en: *Indret* (3).
- GLENDON, Mary Ann (1991): *Rights talk: The impoverishment of political discourse* (Nueva York, Free Press).
- GÓMEZ LÓPEZ, María Eugenia; ALDANA CALVA, Evangelina, GONZÁLEZ CAMPILLO, Guillermo; MOTA GONZÁLEZ, Cecilia y SÁNCHEZ PICHARDO, Marco Antonio (2009): “Psicoterapia de grupo para mujeres con embarazo de alto riesgo”, en: *Terapia Psicológica* (volumen XXVII, N° 2).
- GUAJARDO CARRASCO, Baltazar (2005): *Aspectos de la responsabilidad civil médica. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª edición actualizada (Santiago, Librotecnia).
- HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION (1984): “Wrongful birth actions: The case against legislative curtailment”, en: *Harvard Law Review* (Volumen C, N° 8), p. 2020. Disponible en: <http://links.jstor.org/sici=0017-811X%28199706%2900%3A8%3C2017%3AWBATCA%3E2.0.CO%3B2-R> [visitado el 19/10/2011].
- MACÍA MORILLO, Andrea (2005): *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MACÍA MORILLO, Andrea (2007): “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life”, en: *Revista de Derecho, Universidad del Norte* (N° 27), pp. 3-37.
- MACÍA MORILLO, Andrea (2008): “Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *Wrongful birth*. Comentario a la STS (sala 1ª) de 24 de octubre de 2008”, en: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (N° 18), pp. 189-210.
- MACÍA MORILLO, Andrea (2009): “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 12), pp. 167-206.
- MARKESINIS, Basil (2001): “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt Perruche”, en: *Revue trimestrelle de droit civil*.
- MARTIN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep (2001): “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, en: *Indret* (N° 3).

- MARTIN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep (2004): "Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (Wrongful birth)", en: *Indret* (Nº 2).
- MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y TUNC, André (1977): *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (trad. de la 5ª edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América), t. II, v. II.
- PIZARRO, Ramón Daniel (2000): *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, reimpresión 1ª edición (Buenos Aires, Hammurabi).
- PIZARRO, Ramón Daniel (2004): *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, 2ª edición (Buenos Aires, Hammurabi).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008): "Responsabilidad profesional médica. Diagnóstico y perspectiva", en: AA.VV., *Regímenes especiales de responsabilidad civil* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- RIPERT, Georges y BOULAGNER, Jean (1965): *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol, t. IV: Las obligaciones (2ª parte)*, (trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMERO COLOMA, Aurelia María (2010): "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Nº 722).
- SERIAUX, Alain (2002): "Perruche y otros casos. La Cour de Cassation entre mystère et mystification", en: *Le Dalloz* (Nº 25).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2002): "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", en: *Revista de Derecho* (Valdivia), (Volumen XV, Nº 2), pp. 75-111.
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2006): *El Derecho de la Vida: el derecho a la vida, bioética y derecho* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- VARGAS ARAVENA, David (2006): "Responsabilidad civil por falta de información en algunos casos de *wrongful conception* al tenor de la jurisprudencia española", en: *Gaceta Jurídica* (Nº 314).
- VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice (1998): *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ª edición (Paris, LGDJ).
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1996): *Resarcimiento de daños*, 2ª edición, 2ª reimpresión (Buenos Aires, Hammurabi), t. 2b: Daños a las personas.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. NACIONAL

- (1938): Corte Suprema, 15 de diciembre de 1938, en: Rev., t. 80, sec. 1^a.
- (1991): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991, en: Gaceta Jurídica N° 135.
- (2011): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2011, rol N° 1317-2011, en: Microjuris MJJ30787.
- (2013): Corte Suprema, 9 de diciembre de 2013, rol N° 9428-13, en: Microjuris MJJ36647.
- (1995): Corte Suprema, 11 de abril de 1995, en: Fallos del Mes, N° 437.
- (2001): Corte Suprema, 13 de septiembre de 2001, en: LexisNexis. Disponible en: <http://bd.legal.cl/LNChile>.
- Fong Jhen Hafon Chang, Eduardo y Otra* (2005): Corte Suprema, 19 de enero de 2005, en: Microjuris. Disponible en: http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ8871&links=%5B903%5D [visitado el 13/02/2014].
- Castilla y otro con Empresa Eléctrica Austral* (2007): Corte Suprema, 5 de marzo 2007, en: LegalPublishing 36.120.
- Vega Pizarro, Rosa con Lattus Olmos, Ariel Pierre* (2008): Corte Suprema, 30 de enero de 2008, en: Jurisprudencia sobre negligencia médica (Santiago, Editorial Thomson-Reuters), pp. 111-162.
- Vega Lizana, Patricia con Castillo Cádiz, Octavio* (2009): Corte Suprema, 30 de marzo de 2009, en: Microjuris. Disponible en: http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ19690&links=%5BVEG%2C+LIZ%2C+PATRIC%5D [visitado el 23/1/2014].
- Núñez Ulloa, Marianela contra Donoso Contreras, Carmen* (2009): Corte Suprema, 30 de noviembre de 2009, rol N° 6384-2008, en: LegalPublishing: CL/JUR/4222/2009.
- (2011): Corte Suprema, 11 de marzo de 2011, en: Microjuris MJJ26498.
- Lucy Treizman Sack con Erazo Reyes y otra* (2013): Corte Suprema, 5 de junio de 2013, rol N° 5883-2012, en: LegalPublishing CL/JUR/1219/2013; 65251.
- (2006): Corte de Apelaciones de Rancagua, 2 de noviembre de 2006, rol N° 938-2005, en: LegalPublishing CL/JUR/3520/2006; 35803.

2. INTERNACIONAL

Sentencia del Tribunal Supremo Español, rol N° 3999/1997, 6 de junio de 1997. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2942400&links=%22165/1993%22&optimize=20031203&publicinterface=true> [visitado el 7/12/2013].

- Sentencia del Tribunal Supremo Español, rol N° 679/1999, 4 de febrero de 1999. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2943198&links=%222236/1994%22&optimize=20031203&publicinterface=true> [visitado el 7/11/2013].
- Sentencia del Tribunal Supremo Español, rol N° 4137/2002, 7 de junio de 2002. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2946100&links=%223834/1996%22&optimize=20031203&publicinterface=true> [visitado el 12/10/2012].
- Sentencia del Tribunal Supremo Español, rol N° 5536/2008, 24 de octubre de 2008. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3341759&links=%221894/2003%22&optimize=20081113&publicinterface=true> [visitado el 12/10/2013].
- Sentencia del Tribunal Supremo Español, rol N° 1136/2013, 14 de marzo de 2013. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6668727&links=%221785/2010%22&optimize=20130403&publicinterface=true> [visitado el 25/4/2013].
- Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975, N° U.S. Report: 519 S.W.2d 846. Court N° B-4583. Disponible en: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=5&xmlDoc=19751365519SW2d846_11261.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985&SizeDisp=7 [visitado el 25/10/2013].
- Dumer vs St. Michael's Hospital (1975), Bernan vs Allan (1979) y Phillips vs Estados Unidos (1981).