



UNIVERSIDAD  
**Finis Terrae**

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

**ANTICONCEPCIÓN FALLIDA: ¿CUÁL ES EL DAÑO INDEMNIZABLE EN LOS  
CASOS DE EMBARAZOS PRODUCIDOS POR PASTILLAS  
ANTICONCEPTIVAS DEFECTUOSAS?**

LAURA JAVIERA BUGUEÑO LÓPEZ

ESTER BETSABET CONCHA PINOCHET

MEMORIA PRESENTADA A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
FINIS TERRAE PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS

PROFESOR GUÍA: JOAQUÍN REYES BARROS

Santiago, Chile

2023

*Dedicatoria de Laura Bogueño López:*

*A mis padres, todo lo que logro es gracias a ustedes.*

*A Josefina y Leonor, por ser mi contención y siempre confiar en mí.*

*A Andree, por acompañarme y darme la paz que necesitaba.*

*A todas las mujeres que, por actos de terceros, han visto vulnerados sus derechos.*

*Dedicatoria de Ester Concha Pinochet:*

***A Rafaela:***

*Mi motor, todo lo que hago es por ti, hija. Iluminas mi vida.*

***A Diego:***

*Mi compañero, gracias por compartir tu vida conmigo durante todos estos años. Gracias por alentarme y creer en mí. Te amo.*

***A mi madre:***

*Te amo mamá. Tus enseñanzas y consejos fueron el pilar en mi carrera. Hiciste posible llegar hasta acá.*

***A mi familia y amigos:***

*Eternamente agradecida de ustedes. Gracias por ser parte de mi vida.*

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradecemos a nuestro profesor guía, por aceptar nuestro proyecto, confiar en nosotras y apoyarnos en todo este proceso.

## INDICE

<b>Resumen.</b>	<b>6</b>
<b>Abstrac.</b>	<b>7</b>
<b>Introducción.</b>	<b>8</b>
<b>1. Nociones preliminares.</b>	<b>10</b>
1.1. ¿Qué son las acciones por anticoncepciones fallidas?	10
1.2. Origen de las acciones por anticoncepción fallida.	12
<b>2. Fundamento de las acciones por anticoncepciones fallidas: ¿Qué debemos entender por daño?</b>	<b>15</b>
2.1. Concepción tradicional de daño en las acciones por anticoncepción fallida: El hijo o hija como daño.	15
2.2. Fundamento actual de las acciones por anticoncepción fallida: La lesión a la autonomía reproductiva de la mujer.	17
<b>3. Responsabilidad civil por productos defectuosos: Regulación aplicable.</b>	<b>23</b>
3.1. Nociones preliminares.	23
3.1.1. ¿Qué debemos entender por producto defectuoso?	23
3.1.2. Tipos de defectos.	24

3.1.3.	Regulación de la responsabilidad civil por productos defectuosos en Chile.	26
3.2.	Responsabilidad civil por productos defectuosos en la LPDC.	27
3.2.1.	Ámbito subjetivo.	28
3.2.2.	Ámbito objetivo.	31
3.3.	Responsabilidad civil por productos defectuosos en el Código Sanitario.	32
3.3.1.	Procedencia de la aplicación del Código Sanitario.	32
3.3.2.	Legitimación.	33
3.3.3.	Régimen de responsabilidad.	34
3.3.4.	Análisis de los requisitos de la indemnización de perjuicios.	35
<b>4.</b>	<b>¿Cuáles son los daños que se producen en los embarazos no deseados provocados por pastillas anticonceptivas defectuosas?</b>	<b>40</b>
4.1.	Daños que pueden ser indemnizados.	40
4.1.1.	Daños extrapatrimoniales.	41
4.1.2.	Daños patrimoniales.	43
4.1.2.1.	Gastos del embarazo y del parto: Daño emergente.	43

4.1.2.2.	Perdida de ganancia provocada por el embarazo: Lucro cesante.	44
4.1.2.3.	Gastos de alimentación y de crianza: Daño emergente futuro.	45
4.2.	Admisibilidad de las acciones por anticoncepción fallida en Chile.	48
4.2.1.	“Currihual Pesche con Castillo Pinto”.	48
4.2.2.	“Morales Castillo con Sociedad de Profesionales y Escudero Schiappacasse”.	49
4.2.3.	“Rosa Bahamondez con Servicio de Salud de Chiloé”.	50
4.2.4.	“Barrera con Hospital de San Fernando”.	50
4.2.5.	“Frutos con Fisco de Chile”.	51
4.2.6.	“Ruiz con Servicio de Salud de Reloncaví”.	52
4.2.7.	“Conadecus con Laboratorios Andrómaco S.A. y Silesia S.A.”.	53
4.2.8.	“Young y otros con Laboratorios Andrómaco S.A. y otros”.	53
	<b>Conclusión.</b>	<b>55</b>
	<b>Bibliografía.</b>	<b>58</b>

## **RESUMEN**

En nuestro país la admisibilidad de las demandas por anticoncepciones fallidas no ha sido un tema pacífico para nuestra doctrina. Sin embargo, nuestros tribunales han reflejado una tendencia hacia su admisibilidad. El interés en este tema ha ido en aumento debido a las reiteradas alertas sanitarias y retiros voluntarios de pastillas anticonceptivas por ser defectuosas, provocando embarazos no deseados e inesperados.

La presente memoria tiene como objetivo principal determinar los daños indemnizables en las acciones por wrongful conception en los casos de embarazos producidos por pastillas anticonceptivas defectuosas.

## **PALABRAS CLAVE**

Anticoncepción fallida, responsabilidad civil, indemnización de perjuicios, productos defectuosos.

## **ABSTRAC**

In our country, the admissibility of legal actions for unsuccessful contraceptives has not been a pacific issue for our legal doctrine. However, our courts have reflected a tendency towards its admissibility. Interest about this topic has been increased due to repeated sanitary alerts and voluntary withdrawals of defective contraceptive pills, which cause unwanted and unexpected pregnancies.

The main objective of this report is to determine the compensable damages in actions for wrongful conception in cases of pregnancies caused by defective contraceptive pills.

## **KEY WORDS**

Wrongful conception, civil liability, compensation for damages, defective products.

## INTRODUCCIÓN

Durante el año 2020, el Instituto de Salud Pública (en adelante ISP), mediante la resolución exenta N°3676, emitió una alerta sanitaria ordenando la suspensión del Registro N°F-11458, correspondiente a las pastillas anticonceptivas Anulette CD, propiedad del Laboratorio Silesia S.A. y Andrómaco S.A., y su retiro inmediato del mercado, tras una serie de denuncias por ineficacia del fármaco.

Tras esta masiva falla se reportaron múltiples casos de embarazos no deseados. Es más, entre el año 2020 y 2021 240 mujeres se acercaron a la Corporación Miles denunciando haber quedado embarazadas mientras tomaban el anticonceptivo defectuoso que recibieron en sus consultorios de salud a través del programa de regulación de fertilidad<sup>1</sup>. Sin embargo, se calcula que en total fueron más de 350 las mujeres afectadas<sup>2</sup>.

Lamentablemente, éste no se trata de un caso aislado, solo en el año 2020 y 2023 el ISP debió alertar y retirar del mercado las siguientes pastillas anticonceptivas:

- 1) Ciclomex CD comprimidos recubiertos, serie G1810271, por una cuantificación de gestodeno inferior al establecido en su registro sanitario<sup>3</sup>.
- 2) Minigest-15 comprimidos recubiertos series D19129A y D19130A, y Minigest-20 comprimidos recubiertos, serie D19132A4, por contener una menor cantidad de la sustancia activa que la declarada<sup>4</sup>.
- 3) Marilow comprimidos recubiertos, todas sus series vigentes, por una disminución de la potencia de sus principios activos<sup>5</sup>.

Para el caso de la falla del anticonceptivo Anulette CD, el ISP, luego de un sumario sanitario, sancionó mediante Resolución Exenta N°537 de 10 de febrero de 2021, a los laboratorios

---

<sup>1</sup> CORPORACIÓN MILES (2023), p 26.

<sup>2</sup> CORPORACIÓN MILES (2023), p 29.

<sup>3</sup> Alerta farmacéutica N°3/20 de fecha 28 de febrero de 2020, Instituto de Salud Pública. Disponible en: <<https://www.ispch.cl/sites/default/files/comunicado/2020/03/Scan13-03-2020-102956.pdf>>

<sup>4</sup> Nota informativa de farmacovigilancia de fecha 5 de octubre de 2020, Instituto de Salud Pública. Disponible en: <<https://www.ispch.cl/sites/default/files/comunicado/2020/10/Scan06-10-2020-164745.pdf>>

<sup>5</sup> Alerta farmacéutica N°39/23 de fecha 27 de junio de 2023, Instituto de Salud Pública. Disponible en: <<https://www.ispch.gob.cl/wp-content/uploads/2023/06/Scan06-27-2023-175744.pdf>>

Silesia S.A. y Andrómaco S.A. por sus responsabilidades en la fabricación y distribución de las píldoras anticonceptivas, aplicando varias multas que en total ascienden a 1300 UTM. Sin embargo, esta es una sanción administrativa y la multa que deben pagar ambos laboratorios es a beneficio fiscal. Por lo tanto, cabe preguntarse, habiéndose emitido una alerta sanitaria respecto de una serie de pastillas anticonceptivas ¿Quién responde por los perjuicios sufridos por las mujeres que quedaron embarazadas como consecuencia de la falla del anticonceptivo? ¿Es posible que se les indemnice por los daños y gastos que debieron y deben seguir soportando y que precisamente querían evitar?

Los embarazos imprevistos provocados por pastillas anticonceptivas defectuosas es una de las hipótesis que dan origen a lo que en doctrina se conoce como acciones por anticoncepciones fallidas, que tradicionalmente se han definido como aquellas acciones de responsabilidad civil que tienen como finalidad que se indemnice a los padres por los daños que han sufrido por la concepción y embarazo no deseados, pues precisamente por esa razón recurrieron a un método anticonceptivo.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a nivel nacional como internacional, la admisibilidad de estas acciones no es un tema pacífico, principalmente por lo antijurídico y antimoral de considerar el nacimiento de un hijo o hija en sí mismo como un daño que deba ser reparado<sup>6</sup>. Sin embargo, actualmente se ha estimado que no es el nacimiento de un hijo o hija el daño provocado, sino más bien la vulneración al derecho de autodeterminación reproductiva.

En el presente trabajo, evaluaremos la posibilidad de indemnizar los daños provocados por anticoncepciones fallidas provocadas por el defecto de pastillas anticonceptivas, comparando las posibilidades que entrega el derecho chileno con lo resuelto por tribunales extranjeros, haciendo previamente un análisis del origen de estas acciones, su fundamento y lo que debemos entender por daño en esta materia, y del régimen jurídico aplicable.

---

<sup>6</sup> MARTÍN (2011), p 7.

## 1. NOCIONES PRELIMINARES:

### 1.1. ¿Qué son las acciones por anticoncepciones fallidas?

Las acciones por anticoncepciones fallidas, originalmente conocidas como acciones de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*, pues provienen del derecho anglosajón, se plantean en el ámbito de la responsabilidad civil y persiguen la indemnización por los daños causados por un embarazo no deseado, ya que uno o ambos padres se sometieron a un procedimiento de esterilización previa o utilizaban métodos anticonceptivos; es decir, se trata de embarazos no previstos producidos por la ineficacia de un tratamiento anticonceptivo o de esterilización que precisamente tenía la finalidad de evitar un embarazo<sup>7</sup>.

En general las hipótesis que dan lugar a las acciones por anticoncepción fallida se dan en dos situaciones. En primer lugar, cuando se produce la concepción y nacimiento de un hijo o hija sanos, tanto física como psicológicamente, pero producto del fracaso del método anticonceptivo utilizado directamente por los padres, sin intervención de un profesional médico<sup>8</sup>, tales como pastillas anticonceptivas, condones, inyecciones, etc.; se trata de la circulación o comercialización de mecanismos anticonceptivos que resultan ser defectuosos. En segundo lugar, se puede dar cuando uno o ambos padres se sometieron a un procedimiento de esterilización llevada a cabo por un médico, tales como vasectomía o ligadura de trompas de Falopio, pero pese a dicha intervención igualmente se produce la concepción y posterior nacimiento de un hijo o hija; aquí la falla de estos métodos anticonceptivos se puede producir por una mala praxis del médico en la intervención que pretendía esterilizar al paciente, o por la omisión al deber de informar al paciente sobre los posibles riesgos de fracaso de la esterilización<sup>9</sup>.

Sin embargo, en la actualidad los supuestos de hecho que dan origen a estas acciones se han ampliado, llegando a considerar nuevas situaciones que dan lugar a un embarazo no deseado, entre las que se pueden mencionar el embarazo que no es detectado por el médico dentro del plazo legal para interrumpirlo, y la interrupción fallida del embarazo en la que, por

---

<sup>7</sup> VICANDI (2013), p 44.

<sup>8</sup> MONDACA (2015), p 21.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ (2021), p 3.

negligencia médica, no se produce el aborto, produciéndose en ambos casos el nacimiento de un niño o niña sanos<sup>10</sup>.

En este punto es importante diferenciar las acciones de *wrongful conception* de otras acciones similares, como las acciones por *wrongful birth* y *wrongful life*. Estas dos últimas figuras son acciones judiciales que se entablan en contra del profesional médico o de un centro sanitario por no haber detectado enfermedades físicas o psíquicas en el feto, pudiendo detectarlas, impidiendo de esta forma la interrupción del embarazo. Se trata de una situación en la que la mujer embarazada asiste a un centro sanitario para someterse a un diagnóstico prenatal y durante el desarrollo de esta prestación el profesional médico (que puede ser cualquiera de los que hayan intervenido en el proceso, como médicos, enfermeras, técnicos de laboratorio, etc.), por negligencia, no informa la enfermedad padecida por el feto, ya sea directamente por una omisión de dicha información, o por un error en el resultado del diagnóstico, ya que el examen arroja un falso negativo. Producto de lo anterior la madre no recibe la información que le permitiría decidir sobre continuar el embarazo o interrumpirlo, lo que concluye con el nacimiento de un hijo o hija con serias enfermedades. Cabe precisar que las acciones del profesional médico no provocan la enfermedad padecida por el niño o niña, ya que se trata de una enfermedad congénita, inherente a la concepción; la actuación del médico se limita únicamente a no diagnosticar dicha enfermedad: es la omisión en la información a los futuros padres lo que les prohíbe y limita su posibilidad de decidir sobre continuar o no con el embarazo, y por este motivo entablan una acción por responsabilidad civil.

En consecuencia, lo que plantean estas ideas es el perjuicio de nacer y el daño de vivir, provocados por la actuación negligente del médico que impide ejercer el derecho a abortar – siempre que la legislación específica reconozca tal derecho - debiendo soportar la crianza de un hijo o hija con taras o una vida con enfermedades<sup>11</sup>.

La demanda por responsabilidad civil entablada por los padres se centra en el daño provocado por la falta de información que les hubiera permitido tomar la decisión de interrumpir el embarazo, reclamando indemnización de perjuicios por este hecho. Por otro lado, la demanda

---

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ (2021), p 3.

<sup>11</sup> MONDACA (2015), p 21.

por responsabilidad civil entablada por el hijo o hija con taras se centra en la misma privación de información que sufrieron los padres, que impidió la posible práctica de un aborto, lo que concluyó en su propio nacimiento, es decir, de no haber sido por la negligencia médica, él no habría nacido y no hubiera tenido que soportar una vida con enfermedades. Aquí radica la diferencia entre los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: en el actor. Mientras que las acciones de *wrongful birth* son ejercidas por uno o ambos padres, en las acciones de *wrongful life* es el propio hijo o hija, personalmente o representado por sus padres, quien entabla una demanda en contra del profesional médico o el centro sanitario.

Las acciones de *wrongful conception* se diferencian de las de *wrongful birth* y *wrongful life*, en que en las primeras el daño recae en el fracaso del método anticonceptivo que tenía por objeto precisamente evitar un embarazo, y en las segundas en la pérdida de la posibilidad de ejercer el derecho a interrumpir el embarazo, siempre que el ordenamiento jurídico lo permita.

En Chile, el 17,5% de las mujeres en edad fértil son usuarias de anticonceptivos hormonales orales<sup>12</sup>, que son fármacos que pertenecen a los métodos de control de la natalidad, y que cuentan con una alta efectividad, de hasta un 99%, siempre y cuando se utilicen correctamente<sup>13</sup>. En consecuencia, si bien es cierto que ningún método anticonceptivo es cien por ciento eficaz, el caso Anulette CD, Marilow Comprimidos Recubiertos y los demás en los que se ha emitido alerta sanitaria no se enmarcan dentro del porcentaje de falla probable del anticonceptivo, sino que se trata de medicamentos que derechamente no servían para el fin que aseguraban.

## **1.2. Origen de las acciones por anticoncepción fallida.**

Estas acciones surgieron con el nombre de acciones por *wrongful conception* ya que provienen del derecho anglosajón. Los primeros casos por anticoncepciones fallidas se presentaron en Estados Unidos y Europa y si bien se mostraron una tendencia en cuanto a su

---

<sup>12</sup> BECERRA, Natalia. Anticonceptivos hormonales [en línea] [fecha de consulta: 26-09-2023]. Disponible en <<https://medicina.uc.cl/publicacion/anticonceptivos-hormonales/>>

<sup>13</sup> SERNAC (2023), p 2.

acogimiento, aún existen países en las se rechazan o, aceptándose, los fallos difieren en cuanto a la aceptación de los daños reparados<sup>14</sup>.

El primer caso en el que se acogió este tipo de demandas es *Coleman v. Garrison*, es 1975, resuelto por la Corte Suprema de Delaware, Estados Unidos<sup>15</sup>, en el que una mujer, su marido y sus cinco hijos demandaron al médico que le practicó una cirugía de esterilización (ligadura de trompas de Falopio) negligentemente, pues no evitó el nacimiento de un sexto hijo que no deseaba tener, exigiendo indemnización de los perjuicios sufridos. En este caso la Corte reconoció el derecho a la indemnización para los demandantes, pero solo en cuanto a los gastos médicos y hospitalarios del embarazo y el parto por concepto de daño emergente, y el daño extramatrimonial de la madre por tener que enfrentar un embarazo no deseado, pero negó la indemnización por los gastos de crianza solicitada por los demandantes. La Corte llegó a esta conclusión respecto a los gastos de crianza en virtud de las siguientes consideraciones: (i) decretar su indemnización implicaría reconocer que la vida involucrada es ilícita, lo que transgrede de su valor sagrado; (ii) los costos de crianza son inciertos y especulativos y por ende imprevisibles; (iii) no es posible compensar los costos y beneficios que les reportaría el hijo o hija no deseado; y (iv) se crearía la figura de padre sustituto en la que el médico estaría asumiendo los costos de crianza mientras el hijo o hija permanece con los padres.

Posteriormente, en el caso *Sherlock v. Stillwater* resuelto por la Corte Suprema de Minnesota en 1977, en el que un hombre que se sometió a una vasectomía y cónyuge demandaron al médico por incumplimiento de su obligación de informar los riesgos de una recanalización espontánea, lo que provocó un embarazo no deseado, se acogió la demanda y se ordenó la indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo los gastos de crianza, dejando a un lado las consideraciones morales y reconociendo la significancia económica de solventar la crianza de un hijo o hija, puesto que ello no es necesariamente compensable con los eventuales beneficios morales de la paternidad<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> CÁRDENAS (2018), p 240.

<sup>15</sup> 349 A.2d 8 (1975).

<sup>16</sup> GAJARDO (2023), p 127 y 123.

En España y Francia se han rechazado estas acciones cuando se fundan en la vida del hijo o hija no deseados como daño, bajo el entendido de que la existencia de un hijo o hija no da lugar en sí mismo a un daño reparable y que no hay nacimientos equivocados y lesivos<sup>17</sup>. Sin embargo, la tendencia en los tribunales españoles se inclina a acoger estas acciones cuando se fundan en la lesión al derecho a la autonomía reproductiva, existiendo diferencias sólo en cuanto a la indemnización de los gastos de crianza<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> CÁRDENAS (2018), p 240.

<sup>18</sup> Véase STS 2845/1994 y STJ Murcia 2317/2008.

## 2. FUNDAMENTO DE LAS ACCIONES POR ANTICONCEPCIONES FALLIDAS: ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR DAÑO?

### 2.1. Concepción tradicional de daño en las acciones por anticoncepción fallida: El hijo o hija como daño.

Uno de los principales problemas que se ha planteado en torno a la admisibilidad de las acciones por anticoncepción fallida recae en determinar si es posible considerar el nacimiento de un hijo o hija como un daño indemnizable.

La tesis tradicional en esta materia niega que el nacimiento de un hijo o hija, aunque sea indeseado, pueda ser fuente de daños, puesto que la vida humana siempre será un bien que compensa cualquier daño<sup>19</sup>.

Dentro de la doctrina nacional, Hernán Corral Talciani ha señalado que “en la responsabilidad civil por wrongful conception se da el absurdo jurídico de que la alegría de que llegue un nuevo ser humano al mundo debe ser calificado como un daño indemnizable<sup>20</sup>”. Corral criticó “el desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad”<sup>21</sup>, argumentando que el hombre es valioso objetiva e incondicionalmente, y como tal es digno de protección por el derecho, por lo que resulta contradictorio que pueda ser considerado jurídicamente como un daño que deba ser reparado, agregando que “lo digno y valioso en sí mismo («que bueno que existas»), no puede ser a la vez perjudicial y nocivo («hubiera sido mejor que no existieras»)»<sup>22</sup>. Además, precisa que los daños que presuntamente puedan sufrir los padres de un hijo o hija no deseado se compensan con las alegrías y consuelos que trae a cualquier persona cuerda el nacimiento y crianza de un hijo o hija<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> GAJARDO (2023), 151 p.

<sup>20</sup> Wrongful conception. El Mercurio, Santiago, Chile, 3 de marzo, 2021. 3 p, A-1, A-2, A-3.

<sup>21</sup> DERECHO Y ACADEMIA [en línea]. Chile: Hernán Corral Talciani [fecha de consulta: 08-10-2023]. Disponible en: <<https://corraltalciani.blog/2012/05/27/aborto-y-esterilizacion-fallidos-el-hijo-como-dano>>

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> *Ibíd.*

Por su parte, Renzo Munita Marambio señala que la razón para presentar una demanda ante un tribunal fundada en una concepción injusta es estimar al hijo como un daño, por lo que acoger dichas demandas se contraponen a los criterios humanistas del derecho, puesto que un hijo jamás será un daño y la concepción nunca puede ser estimada como injusta, independiente de las condiciones en las que se haya originado<sup>24</sup>.

A nivel internacional también se rechaza la indemnización del daño fundado en el nacimiento de un hijo o hija puesto que con ello se vulnera el principio de dignidad de la persona. En un principio, en Estados Unidos los tribunales negaban la indemnización en las demandas de *wrongful conception* aludiendo a que en realidad no se produjo ningún daño puesto que el nacimiento de un niño o niña, por no deseado o no planificado que sea, es un acontecimiento bendito<sup>25</sup>. Sin embargo, en otros casos el criterio fue otro, lo que ocurrió en el caso *Custodio v. Bauer*, resuelto por la Corte Suprema de California por sentencia de 24 de mayo de 1967, en el cual dicho tribunal consideró que la alegría de un hijo no deseado no supera los gastos económicos, concediendo a los padres indemnización por los gastos de crianza del niño o niña y por los del procedimiento de esterilización que resultó fallida<sup>26</sup>.

Por su parte, en España, el Tribunal Supremo ha señalado que “la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo, por lo que no puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores”<sup>27</sup> y que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño “pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina *wrongful birth* ya que no hay nacimientos equivocados o lesivos, pues el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida”<sup>28</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo también ha señalado que “estos principios deben matizarse en los casos en los que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre habría querido evitar y que no pudo hacerlo como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios

---

<sup>24</sup> MUNITA (2017), p 101.

<sup>25</sup> BRAVERMAN (1978), p 428.

<sup>26</sup> 251 Cal. App. 2d 307.

<sup>27</sup> STS 3675/1998.

<sup>28</sup> STS 4936/2004.

sanitarios”<sup>29</sup>, puesto que el daño recae realmente en el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer.

En consecuencia, en general, se tiende a rechazar el hecho de que el nacimiento de un hijo o hija no deseado pueda ser un daño que deba ser reparado, aludiendo a lo precioso y valioso que es la vida humana. Al respecto Andrea Macia Morillo ha comentado que el inherente componente ético y moral de las acciones que se fundan en la concepción o nacimiento o vida injusta ha generado que su admisibilidad dependa más de la ideología del juez que de la estricta aplicación de la responsabilidad civil<sup>30</sup>.

Cabe hacer presente que Corral ha señalado que “Si efectivamente mujeres quedaron embarazadas por un defecto de anticonceptivos proporcionados por el Estado, este debería apoyarlas con los gastos del parto y otras prestaciones similares. Así se evitaría que el tema se judicialice (...)”<sup>31</sup>. Nos preguntamos, si no existe daño alguno ¿Por qué el Estado debería responder por los gastos causados por los anticonceptivos defectuosos? Nos parece que al proponer que el Estado se haga cargo de dichos gastos el autor reconoce implícitamente que efectivamente existe un daño que debe ser reparado.

Si bien para la doctrina tradicional señala que el daño recae en el nacimiento y vida del hijo o hija no deseados, una doctrina más moderna ha sostenido que el daño en los casos de anticoncepción fallida se funda en la lesión al derecho de autonomía reproductiva, derivado del libre desarrollo de la personalidad, postura que analizaremos a continuación.

## **2.2. Fundamento actual de las acciones por anticoncepción fallida: La lesión a la autonomía reproductiva de la mujer.**

Como ya habíamos señalado, las acciones por anticoncepción fallida tienen por objeto obtener la indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a los padres de un hijo o hija no deseados por la falla del método anticonceptivo. A diferencia de lo que ocurre con las acciones por *wrongful birth* y *wrongful life*, que tal como su nombre

---

<sup>29</sup> STS 2494/2015.

<sup>30</sup> MACIA (2009), p 180.

<sup>31</sup> Wrongful conception. El Mercurio, Santiago, Chile, 3 de marzo, 2021. 3 p, A-1, A-2, A-3.

señala reclaman el perjuicio de nacer y de vivir, en las acciones por anticoncepción fallida el perjuicio reclamado es la concepción injusta e indeseada que se pretendía evitar con el método anticonceptivo que resultó ser ineficaz, no es la vida del hijo o hija que nació producto de este embarazo.

Aceptar la noción de vida no deseada como daño, aparte de ser cuestionable, excluye otros supuestos de anticoncepción fallida en las que no se produce el nacimiento por haberse interrumpido el embarazo, ya sea por causas naturales o de manera voluntaria cuando el aborto esté permitido<sup>32</sup>. Ya sea que el embarazo llegue a término o no, la mujer afectada por la ineficacia del método anticonceptivo utilizado sufrió una lesión por el embarazo no deseado, ya que se vulnera su derecho a la autonomía reproductiva, que es la facultad de planear la propia familia y de decidir libre y responsablemente el número, intervalo y momento de tener hijos.

Corral ha señalado que al invocar la lesión al derecho de autonomía reproductiva se intenta ocultar que el verdadero daño es el hijo no deseado, pues esa lesión se produce con su nacimiento, lo que implicaría que el niño o niña es el resultado dañino<sup>33</sup>. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la autonomía reproductiva se ve vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales se puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad<sup>34</sup>. En consecuencia, podemos señalar que si se comercializan y distribuyen pastillas anticonceptivas defectuosas que provocan un embarazo no deseado en una mujer que recurrió a ese método anticonceptivo precisamente porque su intención era evitar un embarazo, se impide que ejerzan libremente su facultad de decidir el momento en el cual deseaba tener un hijo o hija, vulnerando el derecho de autonomía reproductiva y, por lo tanto, cumpliendo los requisitos para la configuración de la responsabilidad civil, los daños que provoca la lesión de dicho derecho deberían ser reparados. En este mismo sentido se han pronunciado Hugo Cárdenas y José Antonio

---

<sup>32</sup> GAJARDO (2023), p 196.

<sup>33</sup> Wrongful conception. El Mercurio, Santiago, Chile, 3 de marzo, 2021. 3 p, A-1, A-2, A-3.

<sup>34</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, considerando 146.

Sánchez, señalando que “la falla del tratamiento o del producto implica una lesión al derecho o facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad”<sup>35</sup>.

En Chile el Código Civil no define lo que se entiende por daño en materia de responsabilidad, pero la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de ello. De acuerdo con Enrique Barros, la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés, que debe ser legítimo<sup>36</sup>. Alessandri define el daño como la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en la persona o bienes de un individuo, o en las ventajas o beneficios patrimoniales de que gozaba<sup>37</sup>. En el mismo sentido, la jurisprudencia nacional ha fallado que daño es todo menoscabo que experimenta un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”<sup>38</sup>.

Siguiendo a Barros, para que un daño sea indemnizable el interés lesionado debe ser legítimo y el daño significativo: la legitimidad no se determina en términos positivos, sino que negativos, son legítimos todos los intereses que no sean contrarios a derecho; al exigir que sea significativo excluye las turbaciones o molestias que se causen recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común<sup>39</sup>.

Queda claro que una anticoncepción fallida genera daños significativos, pues la mujer afectada debe asumir múltiples gastos para los que no estaba preparada. En cuanto a la legitimidad del interés, podemos señalar que la autonomía reproductiva de la mujer no se opone al derecho, es más se encuentra reconocido directa e indirectamente en distintos cuerpos normativos.

En primer lugar, a nivel internacional, el artículo 16 de la Convención Belém do Pará, aprobada en 1979, ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996, establece que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los

---

<sup>35</sup> CÁRDENAS (2017), p 578.

<sup>36</sup> BARROS (2006), p 222.

<sup>37</sup> ALESSANDRI (1943), p 210.

<sup>38</sup> Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de febrero de 2021. En: GAJARDO (2023), p 196.

<sup>39</sup> BARROS (2006), p 225 y 228.

mismos derechos a *decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos* y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos [...]” [énfasis añadido]. En el mismo sentido se pronuncia la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada el en septiembre de 1994 por los Estados parte de la ONU, dentro de los que se encuentra el Estado Chile; y los artículos 19 y 14 de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Chile en 1990.

A nivel interno, se reconoce indirectamente el derecho a la autonomía reproductiva en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, interés que el Tribunal Constitucional ha fundamentado en la dignidad humana y el derecho a la vida privada<sup>40</sup>, ambos reconocidos en nuestra Constitución Política de la República, en los artículos 1 y 19 N°4. Otras garantías constitucionales en las que encuentra fundamento este derecho son la libertad de conciencia, la libertad personal y la protección de la salud, reconocidas en el artículo 19 N°6, 7 y 9 de nuestra Constitución. Asimismo, la ley 20.418 sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, reconoce en su artículo 2 el derecho a elegir los métodos de regulación de la fertilidad femenina o masculina que cuenten con la debida autorización y, del mismo modo, acceder efectivamente a ellos.

En consecuencia, teniendo en cuenta las normas antes citadas estimamos que existe un legítimo interés en la autonomía reproductiva de la mujer en virtud de la cual puede planificar su familia y decidir el momento en el cual tener hijos, y es en la lesión a este interés en el que deben fundarse las demandas por anticoncepción fallida, dejando a un lado el cuestionamiento sobre la lesividad de la vida del hijo o hija no deseados y centrando el daño en la concepción injusta.

Este es el camino que ha seguido la jurisprudencia española. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de octubre de 2000, que falla el recurso 3905/2000, ha establecido lo siguiente:

“Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre -ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo

---

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 28 de octubre de 2023, causa rol 389-2003, considerando 21.

se trata-, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de abril, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]».

No cabe duda de que el embarazo ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *mínimum ético* constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución)<sup>41</sup>.

En un fallo más reciente, el Tribunal Supremo español, haciendo referencia a la jurisprudencia citada precedentemente, reafirma este criterio, señalando que no se puede considerar un daño indemnizable el embarazo mismo, pero sí la lesión al derecho de autodeterminación, provocado, en este caso, por una negligencia médica que generó que el método anticonceptivo utilizado (Implanon) no produjera el efecto de impedir la concepción<sup>42</sup>.

Lo cierto es que la falla de un anticonceptivo que provoca un embarazo vulnera el derecho a la autodeterminación reproductiva, y con ello quebranta todo el proyecto de vida que tenía para sí la persona afectada, pues por un hecho ajeno a su voluntad debe enfrentar un embarazo cuya intención era evitar, pues si recurrió a un método anticonceptivo es claro que no estaba

---

<sup>41</sup> STS 3905/2000.

<sup>42</sup> STS 2494/2015.

dentro de sus planes tener un hijo o hija en ese momento. Por consiguiente, cumpliendo con los requisitos que establece la ley, estimamos que los daños que deriven de esas vulneraciones debieran ser reparados.

### **3. RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS: REGULACIÓN APLICABLE.**

Para determinar cuál es la normativa aplicable a las anticoncepciones fallidas hay que distinguir entre aquellas fallas que se producen por negligencia del médico que lleva a cabo un procedimiento de esterilización, caso que se rige por las reglas de la responsabilidad civil médica, y aquellas fallas del método anticonceptivo utilizado directamente por los padres, caso que se sitúa en el plano de la responsabilidad civil por producto defectuoso.

Ya que este trabajo se centra en los embarazos no deseados provocados por pastillas anticonceptivas defectuosas, solo analizaremos la regulación aplicable a la responsabilidad civil por productos defectuosos.

#### **3.1. Nociones preliminares.**

##### **3.1.1. ¿Qué debemos entender por producto defectuoso?**

Se ha definido la “responsabilidad por productos defectuosos” o simplemente “responsabilidad por productos” a la rama de la responsabilidad civil extracontractual que regula la indemnización de los perjuicios causados a las personas en la utilización de un producto manufacturado que se ha mostrado defectuoso o inseguro, por lo que impone la obligación de reparar dichos perjuicios a la empresa o persona que lo ha fabricado o introducido al mercado con ese defecto<sup>43</sup>.

Para determinar cuándo un producto es defectuoso se han establecido diversos criterios, sin embargo, la legislación internacional se ha inclinado por establecer que será defectuoso aquel producto que infrinja la seguridad en el consumo<sup>44</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico no se ha definido lo que se entiende por producto defectuoso, pero la Corte Suprema, siguiendo el criterio de la infracción a la seguridad en el consumo, ha señalado lo siguiente:

---

<sup>43</sup> CORRAL (2004), p 72.

<sup>44</sup> ALMANZA (2018), p 99.

“La expresión defecto o producto defectuoso es muy amplia y puede englobar tanto la presencia en el producto de una *ineptitud para el uso*, como una *falta de seguridad* que le lleve no sólo a no otorgar la utilidad esperada por el adquirente, sino a transformarse en causa de daño a las personas o a su patrimonio.”<sup>45</sup> [énfasis añadido].

Por su parte, la doctrina nacional ha señalado que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que el consumidor legítimamente espera en cuanto a la protección de su vida, su salud o sus bienes patrimoniales distintos del producto mismo que adolece del defecto<sup>46</sup>.

En el caso de los productos farmacéuticos, dentro de los que se incluyen las pastillas anticonceptivas, el artículo 111 H del Código Sanitario establece:

“Se entenderá por producto sanitario defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad suficiente, teniendo en cuenta todas las circunstancias ligadas al producto y, especialmente, su presentación y el uso razonablemente previsible. Asimismo, un producto es defectuoso si no ofrece la misma seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.”

En consecuencia, estimamos que las pastillas anticonceptivas que, utilizándose en la forma correcta, no impiden la concepción provocando un embarazo no deseado, pueden calificarse como defectuosas pues, usándose con el fin para el que fueron diseñadas, no lo cumplen y provocan daños patrimoniales y extramatrimoniales al consumidor – en este caso la mujer afectada, sin estar preparada, deberá hacerse cargo de los gastos médicos de la gestación, del parto y los de crianza del niño o niña, deberá soportar la pérdida de ingresos por el embarazo y nacimiento, y psicológicamente podría también verse afectada al tener que enfrentarse a un embarazo inesperado y que pretendía evitar - vulnerando el derecho a la seguridad en el consumo.

### **3.1.2. Tipos de defectos.**

Entendiendo que el producto defectuoso es aquel que resulta ser inseguro para el consumidor, cabe preguntarse ¿Qué defectos hacen que el producto carezca de seguridad? Al respecto se ha señalado que los defectos se pueden clasificar en defectos de fabricación o manufactura,

---

<sup>45</sup> Corte Suprema, sentencia de fecha 9 de julio de 2018, causa rol 4065-2018, considerando 8°.

<sup>46</sup> CORRAL (2011), p 110.

defectos de diseño o concepción, defectos de información y defectos de transporte o distribución. Nos referiremos a cada uno a continuación:

a) *Defectos de fabricación o manufactura:* Un producto tiene un defecto de fabricación cuando su funcionamiento no coincide con el presentado por el fabricante<sup>47</sup>, es decir, cuando, por un error en el proceso de elaboración, no cumple la función para la cual fue originalmente diseñado. Hernán Corral, en un sentido similar, ha señalado que los defectos de fabricación son aquellas fallas que tiene el producto que no fueron detectadas en los controles de calidad<sup>48</sup>.

Este tipo de defecto es el que generalmente afecta a las pastillas anticonceptivas. Por ejemplo, en la falla reportada respecto de los anticonceptivos Marilow Comprimidos Recubiertos se detectó que teniendo un defecto de fabricación puesto que contenían en menor medida el principio activo que impide la concepción; las denuncias reportadas respecto del anticonceptivo Anulette CD fueron motivadas por defectos en el empaque, generado en la fabricación del producto, puesto que los alvéolos que debían contener los comprimidos con el principio activo contenían placebos (que no lo contienen), estaban vacíos o con comprimidos rotos.

b) *Defectos de diseño o concepción:* Un producto tendrá un defecto de diseño cuando ha sido creado completamente de un modo que no proporciona la seguridad debida<sup>49</sup>. A diferencia de lo que ocurre con el error de fabricación, en el cual el producto se puede comparar con el diseño original para determinar si adolece de un defecto, los productos defectuosamente diseñados desde el prototipo original no cumplen el fin para el cual el fabricante los creó, o, cumpliéndolo, genera daños para los consumidores.

En el caso de las pastillas anticonceptivas, se presentará un defecto de diseño si, por ejemplo, la fórmula creada por el laboratorio no contemplaba ninguna hormona que impida la ovulación y, en consecuencia, la concepción,

---

<sup>47</sup> COLEMAN (2010), p 410.

<sup>48</sup> CORRAL (2004), p 74.

<sup>49</sup> CORRAL (2004), p 74.

c) *Defectos de información:* Un producto tiene un defecto de información cuando no advierte al consumidor de lo necesario para que se haga un uso inocuo de él<sup>50</sup>. En este caso, no se trata de un defecto en el producto mismo, sino en la información que proporciona el fabricante al consumidor sobre su uso adecuado o sobre los riesgos de su utilización inadecuada.

Por ejemplo, las pastillas anticonceptivas adolecen de un defecto de información si en el prospecto no se advierte, por ejemplo, las interacciones que pueden tener otros medicamentos sobre el principio activo y que podrían generar una disminución de su efectividad.

d) *Defectos de transporte o distribución:* Por último, el producto tendrá un defecto de transporte o distribución cuando la falla tiene su origen en causas externas a su fabricación o diseño, por ejemplo, si un medicamento fue elaborado correctamente por el laboratorio, pero fue recibido defectuoso por la farmacia porque no se respetó la cadena de frío requerida para su conservación<sup>51</sup>.

Este tipo de defectos son menos frecuentes tratándose de pastillas anticonceptivas, ya que es menos probable que su composición se vea alterada por las condiciones de almacenamiento en el transporte o en la farmacia, a diferencia de otros métodos anticonceptivos, como los DIU, que requieren cadena de frío para su conservación previa a la implantación.

En consecuencia, una pastilla anticonceptiva será defectuosa, y por ende insegura, cuando adolece de un defecto de fabricación, diseño o información, que serán imputables al fabricante, en este caso, el laboratorio que las produce.

### **3.1.3. Regulación de la responsabilidad civil por productos defectuosos en Chile.**

En Chile no existe un cuerpo normativo que regule en general el régimen de responsabilidad por productos defectuosos. La ley N°19.496, sobre protección a los derechos de los consumidores<sup>52</sup>, tiene algunas disposiciones que reconocen el deber de los fabricantes de reparar el daño provocado a los consumidores por los defectos de sus productos, como el

---

<sup>50</sup> CORRAL (2004), p 74.

<sup>51</sup> ISLER (2013), p 113.

<sup>52</sup> En adelante LPDC.

artículo 3, 20, y 23, pero no lo regula, por lo que deben aplicarse las reglas generales sobre responsabilidad establecidas en el Código Civil. Por su parte, la ley 20.850, que modifica el Código Sanitario, introduce un Título VI al Libro IV que reglamenta la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos, estableciendo un régimen de responsabilidad estricta calificada. Sin embargo, este cuerpo normativo no contempla una regulación respecto de demandas sobre protección al interés colectivo o difuso de los consumidores, por lo que igualmente es aplicable la LPDC respecto de este tipo de acciones, según lo establecido en el artículo 2 bis de dicha ley.

### **3.2. Responsabilidad civil por productos defectuosos en la LPDC.**

La LPDC tuvo por objeto regular las relaciones entre proveedores y consumidores, estableciendo una serie de derechos y obligaciones para ambos sujetos, y sanciones en caso de infracción, teniendo siempre como finalidad proteger a los consumidores, por lo que, si bien no contempla una reglamentación respecto de la responsabilidad civil por producto defectuosos, sí reconoce la obligación de los proveedores de reparar los daños sufridos por los consumidores de sus productos. Además, establece un procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, que tiene como finalidad obtener la indemnización de los perjuicios causados por los proveedores.

El artículo 3 letra e) de la LPDC dispone:

“Son derechos y deberes básicos del consumidor: e) El derecho a la *reparación e indemnización* adecuada y oportuna de todos los *daños materiales y morales* en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea” [énfasis añadido].

Por su parte, la letra f) del artículo 20 de la misma ley establece:

“[...] el consumidor tiene el derecho irrenunciable a optar, a su arbitrio, entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada, *sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados*: f) cuando la cosa objeto del contrato tenga *defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine*” [énfasis añadido].

En el mismo sentido, el inciso 1° del artículo 23 de la LPDC señala:

“Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, *actuando con negligencia, causa menoscabo* al consumidor *debido a fallas o deficiencias* en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, *seguridad*, peso o medida del respectivo bien o servicio.”

De las normas citadas se concluye que los consumidores tienen derecho a obtener una reparación de parte de los proveedores cuando los productos que estos comercializan tienen defectos que impidan su uso normal, causándoles perjuicios. En consecuencia, en los casos de las pastillas anticonceptivas ineficaces las consumidoras que resultaron embarazadas tienen derecho a ser indemnizadas por los laboratorios, ya que el producto, por un defecto de fabricación, no cumplió el fin para el cual están diseñadas, esto es, impedir la concepción, lo que les ha genera perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

Sin embargo, la redacción literal del artículo 1 n°1 y del inciso 1° del artículo 23 de la LPDC limita su aplicación, pues configura la relación de consumo solo entre el proveedor directo y el consumidor final, es decir, entre las farmacias y las mujeres que adquirieron de estas las pastillas anticonceptivas defectuosas, siendo que difícilmente las farmacias serán responsables por las fallas de los anticonceptivos, pues, como ya señalamos, estas adolecían de un defecto de fabricación que es imputable al productor, es decir, los laboratorios. Además, exige la celebración de un acto jurídico oneroso entre productor y consumidor, lo que incluiría a las consumidoras que adquirieron las pastillas defectuosas por otros medios, como aquellas que las recibieron de sus centros de salud.

Para determinar si se configura la relación de consumo entre las mujeres afectadas y los laboratorios debemos analizar el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la LPDC:

### **3.2.1. Ámbito subjetivo.**

El ámbito subjetivo de la aplicación de la LPDC se determina estableciendo quién tiene legitimación activa y pasiva para demandar la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento de sus disposiciones, por lo que debemos analizar quién es considerado consumidor y proveedor.

El artículo 1° N°1 de la LPDC define a los consumidores como “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de *cualquier acto jurídico oneroso*, adquieren, utilizan, o disfrutan,

como destinatarios finales, bienes o servicios.” [énfasis añadido]. En principio, la redacción de la norma citada plantea una noción restringida de consumidor, considerando como tal solo al consumidor jurídico.

En doctrina se identifican dos tipos de consumidores: el consumidor jurídico, que es quien celebra un acto jurídico oneroso con el proveedor para la adquisición del bien, el que coincide con la definición de consumidor que entrega la LPDC; y el consumidor material, que es aquel que usa el producto sin haber celebrado un acto jurídico directamente con el proveedor<sup>53</sup>. En el caso en comento las mujeres afectadas por las pastillas defectuosas serán consumidoras materiales, pero quedarían fuera de la definición de consumidor que entrega la LPDC si se hace una interpretación literal del artículo 1 N°1.

Esta situación no es una novedad, a nivel internacional desde hace tiempo se han generado discusiones en el derecho de daños sobre la noción de consumidor. Uno de los precedentes más importantes en esta materia es el caso *Donoghue v Stevenson* (1932), resuelto por la *House of Lords* del Reino Unido; los hechos son los siguientes: la señora Donoghue ingresó a una cafetería junto a una amiga en Escocia, quien le compró un *ice cream float*, que es una combinación de helado con cerveza de jengibre. La señora Donoghue bebió por separado la cerveza de jengibre, que estaba contenida en una botella que no era transparente; ya que no era la forma de consumir el *ice cream float*, su amiga vació el contenido de la botella en el vaso con el helado, momento en el que salió de esta un caracol en descomposición<sup>54</sup>.

La señora Donoghue demandó al fabricante alegando que había faltado a su deber de cuidado y que los hechos antes descritos le causaron una gastroenteritis severa y shock<sup>55</sup>. El fabricante se defendió argumentando que no tenía ningún deber de cuidado respecto a la señora Donoghue puesto que no había celebrado ningún contrato con ella, fue su amiga quien compró el producto que se alegaba defectuoso<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> HERNÁNDEZ (2019), p 21.

<sup>54</sup> SAROJNI (2023), p 22.

<sup>55</sup> SAROJNI (2023), p 22.

<sup>56</sup> SAROJNI (2023), p 23.

La *House of Lords* finalmente acogió la demanda, fundado su resolución en el *principle of the duty of care*, señalando que, si bien es cierto que no existía ningún tipo de contrato entre las partes, esto no excluye el deber de diligencia que debe tener el fabricante hacia los consumidores finales de sus productos<sup>57</sup>. Cabe hacer presente que ni en Escocia ni en el Reino Unido había un criterio respecto del deber de diligencia que debían tener los fabricantes respecto de sus clientes, por lo que este caso significó un precedente que se sigue aplicando hasta hoy en esa jurisdicción<sup>58</sup>.

En nuestro país, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia opta por una interpretación amplia del artículo 1 N°1, señalando que la LPDC aplica no solo a las relaciones contractuales entre consumidor jurídico y proveedor, sino también en aquellas en las que no se celebró acto jurídico alguno con el fabricante<sup>59</sup>. Lo anterior porque el fin de la norma, tal como su nombre lo indica, es proteger los derechos de los consumidores, sin hacer distinción entre consumidor material o jurídico, por lo que no corresponde limitar el concepto de consumidor a aquella persona que ha celebrado un acto jurídico oneroso. Además, la misma definición entregada por el artículo 1 N°1 de la LPDC señala que consumidores son “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, *adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios*” [énfasis añadido]; en consecuencia, consumidor es cualquiera que compra, utiliza o disfruta del producto, sea que haya celebrado un acto jurídico oneroso con el proveedor o que utilice o disfrute del producto sin celebrar ningún acto jurídico<sup>60</sup>. Por último, se agrega que el derecho en la seguridad en el consumo, consagrado en el artículo 3 letra d de la LPDC, es de amplia titularidad ya que no distingue el tipo de consumidor<sup>61</sup>.

En cuanto a la legitimación pasiva, el artículo 1 N°2 de la LPRC define en términos amplios a los proveedores estableciendo que son “las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, *que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de*

---

<sup>57</sup> SAROJNI (2023), p 24 y 25.

<sup>58</sup> SAROJNI (2023), p 23 y 26.

<sup>59</sup> GAJARDO (2023), p 51.

<sup>60</sup> GAJARDO (2023), p 51.

<sup>61</sup> GAJARDO (2023), p 53.

servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa” [énfasis añadido]. Sin embargo, el inciso 1° del artículo 23 restringe la legitimación pasiva al “proveedor que, *en la venta de un bien o en la prestación de un servicio*” [énfasis añadido] causa un menoscabo al consumidor.

Por los mismos argumentos señalados respecto de la interpretación del artículo 1 N°1 se ha estimado que la definición de proveedor es amplia, abarcando al proveedor directo que vendió el producto al consumidor como a todo aquel proveedor a quien se le pueda imputar el defecto de seguridad<sup>62</sup>. Lo anterior es de toda lógica puesto que, si solo se considera al proveedor directo, que en nuestro caso serían las farmacias que vendieron las pastillas anticonceptivas defectuosas, no se podría imputar responsabilidad a los laboratorios, a quienes normalmente les será imputable el defecto de fabricación del medicamento.

### **3.2.2. Ámbito objetivo.**

El ámbito objetivo de la norma exige que la relación jurídica sea de aquellas reguladas por la LPDC. Como ya habíamos señalado, esta ley es aplicable no solo a los daños sufridos por el consumidor jurídico, sino también cuando el perjudicado es un consumidor material, por lo que protege las relaciones contractuales como extracontractuales. Estimamos que en este caso no hay ningún vínculo jurídico directo entre las mujeres afectadas y los laboratorios, ya que no celebraron ningún tipo de contrato puesto que en Chile los medicamentos son vendidos a través de las farmacias, por lo que la relación sería extracontractual.

En el mismo sentido se han pronunciado Hernández y Gatica, señalando que “la responsabilidad civil por productos defectuosos se aplica con respecto a relaciones contractuales y no contractuales, siendo legitimarios activos de la acción indemnizatoria tanto los consumidores que han celebrado un acto jurídico oneroso o un contrato como los que no, y legitimarios pasivos todos los proveedores de la cadena productiva a quienes pueda imputarse el correspondiente defecto”<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> GAJARDO (2023), p 54.

<sup>63</sup> HERNÁNDEZ (2019), p 29.

Por lo tanto, habiéndolo configurado el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la LPDC, la infracción a las disposiciones antes señaladas hace procedentes las acciones tendientes a obtener la indemnización de perjuicios que se puedan haber generado.

Uno de los mecanismos que contempla la LPDC para obtener dicha indemnización son las demandas en protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, que se encuentran reguladas en el Párrafo 3° de su Título IV. Lo anterior porque la comercialización de pastillas anticonceptivas ineficaces tiene inminentemente una afectación supraindividual, pues son muchas las mujeres que finalmente terminan consumiendo el producto defectuoso (tal como lo habíamos señalado, sólo por la falla del anticonceptivo Anulette CD se reportaron más de 200 embarazos de mujeres que utilizaban dicho producto como método anticonceptivo).

Este tipo de acciones resultan ser mucho más efectivas para obtener la reparación de los daños sufridos, sobre todo por el efecto erga omnes que tiene la sentencia ejecutoriada que declara la responsabilidad del o los demandados, establecido en el artículo 54 de la LPDC, lo que permite extender su efecto, y consecuentemente el derecho a ser indemnizadas, a todas las mujeres afectadas por el mismo hecho.

### **3.3. Responsabilidad civil por productos farmacéuticos defectuosos en el Código Sanitario.**

#### **3.3.1. Procedencia de la aplicación del Código Sanitario.**

La ley 20.850, publicada en junio del año 2015, tuvo como finalidad crear un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rendir homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos, para lo cual hizo una serie de modificaciones al Código Sanitario, siendo la más relevante para esta investigación la introducción del Título VI al Libro IV, denominado “De la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos”.

El inciso 1° del artículo 111 H del Código Sanitario señala que productos sanitarios son aquellos regulados en los Títulos I, II y IV del Libro IV. El Título I del Libro IV se refiere a los productos farmacéuticos, definiéndolos en su artículo 95 como:

“Se entenderá por producto farmacéutico o medicamento cualquier sustancia natural, biológica, sintética o las mezclas de ellas, originada mediante síntesis o procesos químicos,

biológicos o biotecnológicos, que se destine a las personas con fines de prevención, diagnóstico, atenuación, tratamiento o curación de las enfermedades o sus síntomas o de *regulación de sus sistemas* o estados fisiológicos particulares, incluyéndose en este concepto los elementos que acompañan su presentación y que se destinan a su administración.” [énfasis añadido].

Podemos señalar que las pastillas anticonceptivas calzan dentro de esta definición, ya que son sustancias creadas mediante un proceso químico, destinadas a regular el sistema reproductivo de la mujer, por lo tanto, les es aplicable la regulación relativa a los productos sanitarios, y particularmente para el caso analizado, aquella relativa a la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos.

### **3.3.2. Legitimación.**

A diferencia de lo que ocurre con la LPDC en relación a la determinación del consumidor, el artículo 111 J del Código Sanitario permite reclamar la indemnización de perjuicios correspondiente al “perjudicado” por el producto sanitario defectuoso, ampliando el alcance de la legitimación activa, sin requerir la celebración un acto jurídico. En consecuencia, cualquier mujer que haya utilizado las pastillas anticonceptivas defectuosas y haya sufrido algún daño por ello puede demandar su reparación.

En cuanto a la legitimación pasiva, el artículo 111 I del mismo cuerpo legal establece que “serán responsables de los daños los titulares de los registros o autorizaciones, los fabricantes y los importadores, según corresponda”. Para el caso en comento, serán responsables los laboratorios que tengan la titularidad del registro o autorización correspondiente para la comercialización de las pastillas anticonceptivas, aquellos que se encarguen de fabricarlas (si son diferentes) y los que se encarguen de importarlas, si es el caso.

Cabe hacer presente que se excluye de la enumeración de legitimarios pasivos al proveedor o farmacia que se encargue de comercializar finalmente las pastillas anticonceptivas, ya que no tienen ninguna intervención en los defectos de diseño, fabricación o información de los que puedan adolecer; sin embargo, si el medicamento fue distribuido por la CENABAST (recordemos que en el caso Anulette CD la mayoría de las mujeres afectadas recibieron las

pastillas defectuosas en sus centro de salud, que son abastecidos por la CENABAST), se podrá dirigir la acción en su contra<sup>64</sup>.

Además, el artículo 111 I establece que los legitimarios pasivos son solidariamente responsables por los perjuicios causados, lo que es una ventaja para la víctima ya que puede perseguir la reparación del daño en los patrimonios que sean necesarios para cubrirlo en su totalidad, de manera que si un deudor es insolvente puede dirigirse en contra de los demás<sup>65</sup>.

### **3.3.3. Régimen de responsabilidad.**

Como ya habíamos adelantado, la modificación introducida por la ley 20.850 al Código Sanitario respecto de la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos crea un estatuto especial, estableciendo en su artículo 111 J lo siguiente: “El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados *tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos*” [énfasis añadido]. Este régimen es considerado como responsabilidad estricta calificada, ya que prescinde de la culpa como factor de imputabilidad, reemplazándola por el defecto del producto sanitario, pero igualmente exige que el daño provenga de dicho defecto<sup>66</sup>.

Cabe hacer presente que el régimen de responsabilidad es distinto según se trate de productos sanitarios distribuidos por farmacias privadas o a través del servicio público de salud: respecto de las primeras rige la responsabilidad estricta calificada, teniendo como factor de imputación el defecto; respecto de la CENABAST el artículo 111 I del Código Sanitario establece que responde por los productos defectuosos según las reglas contenidas en el Título III de la ley 19.966. En consecuencia, el artículo 111 I hace aplicables el artículo 38 y siguientes de la ley 19.966, que establecen que los órganos de la administración del Estado en materia sanitaria son responsables por los daños que causen por falta de servicio, es decir, el factor de imputación ya no será el defecto, sino la falta de servicio de la CENABAST, conservando su naturaleza de responsabilidad subjetiva<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> SALAMANCA (2022), p 45.

<sup>65</sup>GAJARDO (2023), p 72.

<sup>66</sup> SALAMANCA (2022), p 59.

<sup>67</sup> SALAMANCA (2022), p 59.

### 3.3.4. Análisis de los requisitos de la indemnización de perjuicios.

Como ya lo habíamos señalado, el artículo 111 J del Código Sanitario establece que para que sea procedente la indemnización de perjuicios por productos defectuosos se debe acreditar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos. Analizaremos si se cumple cada uno de estos requisitos en el caso de las pastillas anticonceptivas defectuosas:

a) *El producto sanitario defectuoso:* A diferencia de lo que ocurre en el sistema de responsabilidad por culpa, en la que se requiere una acción u omisión culpable que provoque un daño, la responsabilidad estricta calificada exige que el daño sea provocado por un vicio, defecto o falla de la cosa o servicio que causa el accidente, por lo que la prueba para dar por establecida la responsabilidad estricta calificada radica en la existencia del defecto, prescindiendo de la acción y omisión que lo provocó<sup>68</sup>.

De acuerdo con el artículo 111 H del Código Sanitario, producto sanitario defectuoso es “aquél que no ofrezca la *seguridad* suficiente, teniendo en cuenta todas las circunstancias ligadas al producto y, especialmente, su *presentación* y el *uso razonablemente previsible*” [énfasis añadido], y aquel que “*no ofrece la misma seguridad* normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie” [énfasis añadido]. Esta definición coincide con la doctrina, pues utiliza el criterio de la vulneración en la seguridad en el consumo para determinar la defectuosidad del producto, y reconoce los defectos de fabricación, diseño e información.

Tratándose de las pastillas anticonceptivas, el vicio que provoca que sean defectuosas generalmente es de fabricación. Así, en las pastillas Ciclomex CD, Minigest-15, Minigest-20 y Marilow se presentó una disminución del principio activo que precisamente tiene por finalidad evitar la concepción; en el caso Anulette CD se detectaron errores de empaçado (comprimidos con principio activo intercambiados por placebos, falta de comprimidos, comprimidos rotos), que generaron problemas en la continuidad del tratamiento y por ende la disminución de su eficacia. En todos estos casos se vulnera la seguridad en el consumo,

---

<sup>68</sup> BARROS (2006), p 448.

puesto que los lotes de pastillas comprometidos no ofrecen la misma seguridad normalmente ofrecida por el fármaco original, por lo que pueden ser considerados como defectuosos.

Ya que el artículo 111 H establece que el defecto del producto se determina normativamente por el juez, en base a todas las circunstancias ligadas al él, especialmente su presentación y uso razonablemente previsible, la defectuosidad no se restringe a lo que pueda determinar el ISP en un sumario administrativo<sup>69</sup>, es decir, la eventual responsabilidad civil que pueden tener los laboratorios no se limita a la existencia de la responsabilidad infraccional que surge de los mismos hechos. Con todo, si el ISP sanciona a los laboratorios por sus responsabilidades en la distribución y fabricación de las pastillas anticonceptivas defectuosas, esta resolución sirve como prueba de la defectuosidad del producto.

b) *El daño provocado por productos sanitarios defectuosos*: El artículo 111 I del Código Sanitario establece que “*Todo daño* causado por el uso de un producto sanitario defectuoso dará lugar a las responsabilidades civiles y penales, según corresponda” [énfasis añadido], reproduciendo el principio general de reparación integral del daño.

Alessandri define el daño como la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en la persona o bienes de un individuo, o en las ventajas o beneficios patrimoniales de que gozaba<sup>70</sup>. Habiendo determinado que existe un interés legítimo en la autonomía reproductiva de la mujer y en la planificación familiar, es posible señalar que los daños derivados de su afectación deben ser reparados, si cumplen con los demás requisitos de la indemnización de perjuicios.

Así, en las acciones de indemnización por anticoncepciones fallidas se ha alegado como daño patrimonial los gastos del embarazo y del parto, la pérdida de ingresos para la mujer afectada ocasionada por los cuidados pre y post natales, y los gastos de crianza del niño o niña; y como daño extrapatrimonial la vulneración al derecho de autonomía reproductiva y la frustración, angustia y malestar psicológico que genera a la mujer el hecho de no haberse

---

<sup>69</sup> GAJARDO (2023), p 68.

<sup>70</sup> ALESSANDRI (1943), p 210.

preparado psicológica y económicamente para el nacimiento de un hijo o hija. Analizaremos la procedencia de la indemnización de cada uno de estos daños en el siguiente capítulo.

c) *La relación de causalidad entre el daño y el defecto del producto:* El último requisito de la indemnización de perjuicios es el nexo causal entre el defecto del producto y el daño. En la práctica, este es el elemento que genera más problemas en torno a la prueba, pues no es suficiente la relación entre el uso del producto y el daño, sino que se requiere acreditar que el defecto es la causa jurídica de los daños alegados<sup>71</sup>.

Al respecto, Hernán Corral ha señalado que cuando el producto tiene por finalidad evitar un determinado accidente o consecuencia dañosa, habrá responsabilidad cada vez que, por no funcionar correctamente, se produce un daño para cuya evitación estaba diseñado<sup>72</sup>. Llevando este criterio a las pastillas anticonceptivas defectuosas, habrá responsabilidad de los laboratorios cada vez que, por el defecto del producto, no cumplan la función de evitar la concepción.

Ahora bien ¿Cómo probamos que el daño es consecuencia directa del defecto? Como ya hemos señalado, ningún anticonceptivo es cien por ciento eficaz, y particularmente las pastillas anticonceptivas alcanzan una efectividad de 92-93%, ya que, en este tipo de métodos anticonceptivos, aun bajo estricto apego al tratamiento, se reportan 0,3 embarazos anuales por cada 100 mujeres<sup>73</sup>. Con todo, en los casos en los que se ha reportado la falla de las pastillas anticonceptivas son múltiples los embarazos no deseados que se generaron como consecuencia de dicha falla; como ya hemos señalado respecto del caso Anulette CD se reportaron más 200 embarazos no deseados, lo que escapa del margen de error de este método anticonceptivo. Por lo tanto, para determinar si la ineficacia del producto es la causa de la concepción no deseada habrá que distinguir según el tipo de defecto y sus circunstancias.

En los casos en los que se reportó una disminución del principio activo en las pastillas anticonceptivas podemos afirmar que hay una causalidad acreditada entre el embarazo no

---

<sup>71</sup> GAJARDO (2023), p 56.

<sup>72</sup> CORRAL (2004), p 79.

<sup>73</sup> GAJARDO (2023), p 60.

deseado y el defecto del producto, ya que sin este componente es imposible que la pastilla impida la concepción.

Tratándose de lo ocurrido con Anulette CD es más difícil acreditar esta relación puesto que en este caso se reportaron defectos de fabricación relacionados con el empaque del producto, tales como alveolos con comprimidos rotos, vacíos y comprimidos reemplazados por placebos. Estimamos que estos defectos implican que se interrumpa involuntariamente el tratamiento anticonceptivo, ya que impide que la consumidora utilice el producto con normalidad. El prospecto de este medicamento señala que “Se inicia el tratamiento tomando 1 gragea el primer día de la menstruación. Una vez tomada la última gragea de un envase, se inicia la toma de otro envase al día siguiente, *sin intervalo alguno de descanso.*”<sup>74</sup> En consecuencia, para que sea eficaz, se debe tomar el medicamento todos los días, sin interrupción, por lo que el hecho de que el producto venga sin una pastilla con principio activo, que esta venga rota o sea reemplazada por un placebo altera el cumplimiento estricto del tratamiento anticonceptivo y su efectividad, pues no podemos asumir que la mujer que adquirió la caja defectuosa tiene los medios para reemplazarla inmediatamente, es más, en el caso Anulette CD la mayoría de las afectadas son mujeres de escasos recursos que recibieron el medicamento a través de sus centros de salud.

En conclusión, acreditar la relación causal es una tarea compleja y habrá que analizar caso a caso el defecto del que adolece la pastilla anticonceptiva. Es por esto que actualmente el Congreso Nacional trabaja en un proyecto de ley, que actualmente se encuentra en el primer trámite constitucional, en el que se pretende modificar el Código Sanitario, principalmente para incorporar una presunción de causalidad cuando exista un embarazo y alerta emitida por el ISP, para que sea carga del laboratorio probar que el defecto no podría haber generado

---

<sup>74</sup> COLEGIO FARMACEUTICO. Manual Farmacoterapéutico [en línea]: MDs Ediciones. [Fecha de consulta: 19-11-2023] Disponible en: <<https://www.colegiofarmaceutico.cl/MFT/MFT.HTM>>

dicho daño, añadiendo también un artículo transitorio que establece el efecto retroactivo de la ley para aplicarla a los casos ya existentes de pastillas anticonceptivas defectuosas<sup>7576</sup>.

---

<sup>75</sup> CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS DE CHILE. Boletín 14094-11 [en línea] [Fecha de consulta: 20-11-2023]. Disponible en: <<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14668&prmBOLETIN=14094-11>>

<sup>76</sup> Hacemos presente que la causalidad es un tema muy discutido y de prueba compleja, cuyo análisis escapa del objeto de nuestro estudio.

#### **4. ¿CUÁLES SON LOS DAÑOS QUE SE PRODUCEN EN EMBARAZOS NO DESEADOS PROVOCADOS POR PASTILLAS ANTICONCEPTIVAS DEFECTUOSAS?**

##### **4.1. Daños que pueden ser indemnizados.**

Las mujeres que utilizan a un tratamiento anticonceptivo son motivadas por sus propias legítimas razones de carácter personal, teniendo como objetivo principal evitar la concepción, por lo que un embarazo no deseado les genera una serie de perjuicios que se ven obligadas a soportar.

Reiteramos la idea de que el nacimiento de un hijo o hija no es considerado como daño y la vida de un ser humano tampoco, sino que el perjuicio se produce por el consumo de pastillas anticonceptivas defectuosas que generan embarazos no previstos, vulnerando el derecho de autonomía reproductiva de la mujer.

Alessandri a propósito de la responsabilidad extracontractual, define el daño como: “todo detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”, agregando también que, el daño supone la destrucción “por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo”<sup>77</sup>.

Para que el daño sea indemnizable, se debe cumplir con los siguientes requisitos<sup>78</sup>:

- a) *La lesión debe tener existencia, debe ser real y efectiva:* Lo que se traduce en que la víctima se hallaría en una mejor posición de no haber ocurrido el daño.
- b) *El daño debe ser significativo:* Se excluyen las meras molestias que las personas puedan causarse recíprocamente. En cuanto al daño moral, el límite se fijaría en evitar que cualquier molestia sea transformada en un daño.
- c) *Debe lesionar un legítimo interés:* Es decir, el daño se debe producir sobre una utilidad digna de cautela, reconocida por el derecho.

---

<sup>77</sup> ALESSANDRI (1943), p 210.

<sup>78</sup> MELLADO (2018), p 11.

d) *No haber sido ya indemnizado*: La víctima del daño no puede ser doblemente reparada, pues constituiría causal de enriquecimiento sin causa.

Entendiendo entonces los requisitos que deben concurrir para que el daño sea indemnizable, nos referiremos ahora a los daños que podrían ser indemnizables una vez concurren estos.

#### **4.1.1. Daños extrapatrimoniales.**

La definición de daño moral se ha establecido en términos negativos, entendiéndose por tal aquel que afecta bienes que carecen de significación patrimonial<sup>79</sup>, siendo más correcto hablar de daño extrapatrimonial.

El daño extrapatrimonial puede clasificarse en dos categorías: el dolor físico o psíquico que sufre una persona, correspondiente al *pretium doloris*; y el perjuicio de agrado, que se manifiesta en la pérdida de oportunidades de la vida, que incluye perjuicios específicos consistentes en privaciones en ámbitos determinados de la vida intelectual, sensitiva, sexual y familiar<sup>80</sup>. El perjuicio de agrado, al tratarse de una categoría tan amplia, su indemnización está dada por la certidumbre y gravedad suficiente del daño<sup>81</sup>.

Una mujer que en el ejercicio de su libertad personal decide utilizar a un método anticonceptivo oral, lo puede hacer por múltiples razones, y entre ellas podemos mencionar a modo ejemplar la de no poseer una capacidad económica suficiente para cuidar de un hijo o hija, encontrarse estudiando, falta de madurez, problemas de salud, etc., siendo todas estas legítimas. Cualquiera sea la razón por la que decida consumir pastillas anticonceptivas, el motivo de fondo es evitar la concepción y posterior nacimiento de un hijo o hija, por lo tanto, verse enfrentada a un embarazo no deseado e inesperado cuando estaba tomando las medidas necesarias para evitarlo innegablemente le puede generar un daño extrapatrimonial. Así también lo ha señalado Pablo Gajardo Zúñiga en su libro Responsabilidad civil por embarazos no deseados en el derecho chileno, al mencionar que:

---

<sup>79</sup> BARROS (2006), p 289.

<sup>80</sup> BARROS (2006), p 290.

<sup>81</sup> BARROS (2006), p 293.

“Sin ser necesario situarse en todos los posibles escenarios concretos de anticoncepción fallida, es razonable reconocer que si una mujer toma la decisión anticonceptiva de emplear algún MAC, según su edad, madurez sexual, madurez psicológica, condición socio-económica, estabilidad laboral, vínculo familiar o sexo-afectivo, por razones médicas, profesionales o financieras, es evidente —o al menos presumible— que existirá un daño moral especial, pues es difícil pensar un ejemplo de un cambio de vida más radical como ocurre con la concepción y el nacimiento de una persona [...]”<sup>82</sup>.

En tal sentido, la mujer que, sin querer ser madre, queda embarazada como consecuencia de un producto defectuoso, sufre la aflicción de que su proyecto de vida cambia y tendrá que hacerse responsable ahora de una nueva vida, que ciertamente no estaba en sus planes.

Entonces, la indemnización por daño extrapatrimonial abarca más que el *pretium doloris* que podría experimentar la mujer afectada, ya que se trata de una planificación personal que se ve completamente modificada. En consecuencia, debemos distinguir dos tipos de daños que podrían concurrir en este caso:

a) *Perjuicio de agrado, fundado en la lesión a la autonomía reproductiva de la mujer:* El perjuicio de agrado se manifiesta en la pérdida de oportunidades de la vida, que incluye perjuicios específicos consistentes en privaciones en ámbitos determinados de la vida intelectual, sensitiva, sexual y familiar<sup>83 84</sup>. En este caso se lesiona el interés que la mujer tenía en su planificación familiar y plan de vida, ejerciendo legítimamente el derecho de autonomía reproductiva, que como ya vimos, tiene diversas fuentes normativas.

En tal sentido, autores nacionales como Hugo Cárdenas, también sostienen que el daño no se produce por el hecho del nacimiento, sino que, por la afectación del derecho reproductivo de la madre, por lo que la acción en virtud de este tipo de daño viene a reconocer tal derecho<sup>85</sup>.

b) *Daño moral clásico:* Se puede distinguir también lo que de manera clásica entendemos por daño moral, se identifica aquí el *pretium doloris*, así, de manera mayoritaria

---

<sup>82</sup> GAJARDO, (2023), p 159.

<sup>83</sup> BARROS (2006), p 290.

<sup>84</sup> Al tratarse de una categoría tan amplia, su indemnización está dada por la certidumbre y gravedad suficiente del daño. BARROS (2006), p 293.

<sup>85</sup> CÁRDENAS (2021), p 286.

el daño moral se ha considerado como “una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico”<sup>86</sup>.

Este tipo de daño es en el que generalmente se basan las acciones por *wrongful conception* y corresponde a la aflicción y pesar psicológico que sufre la madre que debe ejercer una maternidad forzada producto de una falla en su método anticonceptivo.

Este punto no requiere de mayor análisis debido a que el daño moral por acciones de anticoncepción fallida es generalmente aceptado por nuestros tribunales de justicia<sup>87</sup>, debido a que es evidente el pesar psicológico que recae en la mujer. El monto de tal indemnización es más discutido y corresponderá a los jueces fijarlo.

#### **4.1.2. Daños patrimoniales.**

##### **4.1.2.1. Gastos del embarazo y del parto: Daño emergente.**

Dentro de los daños patrimoniales indemnizables se encuentra el daño emergente. Gonzalo Figueroa ha señalado que: “El daño emergente está constituido por el detrimento patrimonial efectivo que experimenta una persona. Su existencia importa, por lo tanto, un empobrecimiento real, esto es, la desaparición por obra del ilícito civil de un bien que formaba parte del activo del patrimonio”<sup>88</sup>. Por lo tanto, se deberían indemnizar también los gastos médicos que provienen del embarazo y del parto<sup>8990</sup> debido a que son gastos ciertos, y la mujer gestante debe someterse a exámenes, controles médicos durante y después del embarazo y gastos durante el parto, que ciertamente provocan una disminución en su patrimonio.

---

<sup>86</sup> PÉREZ (2010), p 120.

<sup>87</sup> A modo de referencia, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, elevó la indemnización por daño moral decretado en primera instancia por \$15.000.000 a \$35.000.000, posteriormente esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 4 de agosto de 2015, causa rol 446-2015.

<sup>88</sup> FIGUEROA (2012), p 138.

<sup>89</sup> CÁRDENAS (2017), p 8.

<sup>90</sup> Ordoñez comparte esta misma línea de pensamiento señalando que: “todos los gastos que se hayan causado y que se vayan a causar a raíz de la lesión a los derechos sufridos por la víctima, incluso aquellas que correspondan a las erogaciones por controles prenatales, atenciones especiales médicas, psicológicas o de cualquier otra disciplina que se hayan requerido durante el embarazo, el parto y postparto; así como todos los demás desembolsos que sobrevengan por la atención del niño que ha nacido”. ORDÓÑEZ (2021), p 28.

Esta misma línea de pensamiento siguen los tesisistas Alvarado y Müller, quienes señalan que:

“A la luz de la definición transcrita, no queda más que afirmar la existencia de un daño emergente para las mujeres afectadas, porque el *hecho generador del entramado de responsabilidad extracontractual generó en la práctica todos y cada uno de los gastos que demanda un embarazo, consultas médicas y los gastos de trabajo de parto, que son una reducción efectiva del patrimonio de las víctimas*. Eso sin contar los gastos propios de la crianza, los alimentos y la manutención en general que implica la vida de cualquier ser humano en sus primeros años y adolescencia, gastos que caerían dentro de la categoría de también un daño emergente, pero futuro”<sup>91</sup> [énfasis añadido].

En nuestro país, nuestros tribunales han admitido la indemnización por gastos médicos y de parto. En “Currihual Pesche con Castillo Pinto”, la Corte de Apelaciones de Antofagasta confirmó el fallo de primera instancia y condenó al médico tratante a una indemnización por daño emergente.

#### **4.1.2.2. Pérdida de ganancia provocadas por el embarazo: Lucro cesante.**

Eventualmente, y si las circunstancias del caso concreto lo justifican, también se podría indemnizar el lucro cesante<sup>92</sup>. Peñailillo señala que: “[...] el lucro cesante es la ganancia esperada que no se obtuvo debido al incumplimiento del contrato o al hecho dañino”<sup>93</sup>. En consecuencia, sería razonable que la madre que producto de un embarazo no deseado sufre una pérdida en sus ingresos pudiera demandar además por este daño, hecho que deberá acreditar una vez ejerza la acción en la etapa procesal correspondiente y que les corresponderá a nuestros jueces determinar su procedencia.

Nuestros tribunales aún no conceden indemnización por lucro cesante. Lo anterior, se explica debido a que las acciones por anticoncepciones fallidas son recientes y hasta la fecha solo una sentencia se ha pronunciado al respecto<sup>94</sup>: en el caso “Currihual Pesche con Castillo

---

<sup>91</sup> ALVARADO (2021), p 28.

<sup>92</sup> “También podrá ser reclamable un lucro cesante por parte de las afectadas, dado que el embarazo provocado por la mala composición de aquellas pastillas las despoja de poder ejercer sus actividades lucrativas habituales, por lo menos el tiempo que dure el embarazo y el tiempo que se destina dentro de los primeros años a estar con los niños, demanda de alguna u otra forma la postergación del plan de vida tanto personal como profesional en pos de la obtención de un correcto cuidado y crianza del niño”. ALVARADO (2021), p 28.

<sup>93</sup> PEÑAILILLO (2018), p 10.

<sup>94</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 2 de mayo del 2012, causa rol 373-2011.

Pinto”, la Corte de Apelaciones de Antofagasta confirmó la sentencia de primera instancia en la que si bien se acogió la demanda, se rechazó la indemnización por lucro cesante, debido a que la actora no logró acreditar que sus ingresos disminuyeron como consecuencia de la concepción y nacimiento de sus hijas.

Lo cierto es que la indemnización del daño emergente es controversial y pocas veces se logra, principalmente porque, como lo habíamos señalados, para que proceda la indemnización uno de los requisitos del daño es que sea cierto, y el daño emergente es futuro, se trata de una “ganancia esperada”, por lo que carece de certeza, y esto hace muy difícil para los tribunales determinar su procedencia y cuantía<sup>95</sup>.

#### **4.1.2.3. Gastos de alimentación y crianza: Daño emergente futuro.**

Discutido es el caso de la indemnización por los gastos de alimentación y crianza del niño o niña que nació producto de un método anticonceptivo fallido. No hay consenso en la doctrina respecto a este tipo de indemnización, y distintos han sido los argumentos que se han mencionado para rechazarla, tales como:

a) *La denigración del menor no deseado*: Para un sector de la doctrina, es impensable la idea de que se indemnicen los gastos de alimentación y crianza, debido a que su admisibilidad significaría la denigración del niño o niña no planificado ni deseado y, por consiguiente, produciría una afectación en la salud psicológica en aquel cuando tuviera conocimiento de que no fue planificado y de que sus padres demandaron a un tercero producto de su nacimiento<sup>96</sup>.

Contrarios a esta posición y a favor de la posibilidad de una indemnización por los gastos de manutención encontramos a Jorge y Laura Lamo, quienes indican que, por el contrario, la indemnización podría tener un efecto positivo: “es posible afirmar que la indemnización de los costos de manutención podría tener un efecto psicológico positivo sobre el menor (especialmente en el seno de una familia de escasos recursos económicos), que contrarreste -de presentarse- el efecto psicológico negativo que genera en el menor conocer sobre la

---

<sup>95</sup> PEÑAILILLO (2018), p 12.

<sup>96</sup> STEININGER (2010), p 119.

demanda por wrongful conception, pues sabría que no es una carga económica para la familia e incluso le aliviaría saber que con su nacimiento está ayudando con la situación económica de ésta”<sup>97</sup>.

Creemos que, respecto a este punto, no debiera existir mayor análisis, ya que este argumento carece de razones jurídicas para que se rechace la indemnización por un daño emergente futuro, puesto que, como bien, menciona Gajardo, “[...] detrás de la crítica *iusnaturalista* de la denigración de la vida humana, se esconden las convicciones morales y religiosas del intérprete sobre el valor de la vida y la consecuente imposibilidad de considerarla como fuente generadora de daños. De la misma manera, parece poco razonable afirmar que la existencia y eventual conocimiento de la acción puede causar un trauma en el NN y lesionar su dignidad humana”<sup>98</sup>.

b) *Compensación entre los gastos de crianza y beneficio que acarrea para sus padres el nacimiento de su hijo:* Otro argumento en contra de la indemnización por manutención se basa en que podría existir una compensación entre los gastos de crianza y los beneficios que reciben los padres por el nacimiento de un hijo, lo que podría generar que el monto de la indemnización sea menor, e inclusive se excluye, cuando los beneficios que reporten sean mayores.<sup>99</sup>

Como contra argumento podemos señalar que, no es posible ni aceptable argumentar por parte de quien generó el daño, que este es, en alguna medida, beneficioso para la víctima. En tal sentido, Mee ha señalado:

“El hecho de que los padres de un niño inicialmente trataran de impedir su concepción refleja su opinión de que los beneficios potenciales de tener un hijo no superaban las cargas. La opinión de los padres debe tener un efecto de estoppel: el médico cuya ayuda buscaron para limitar la concepción no debería poder negar posteriormente la importancia de ese interés o afirmar que el hijo no planeado es en realidad una bendición”<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> LAMO (2017), p 44.

<sup>98</sup> GAJARDO (2023), p 163.

<sup>99</sup> STEININGER (2010), p 135.

<sup>100</sup> “The fact that a child's parents initially sought to prevent the child's conception reflects their judgment that the potential benefits of having a child did not outweigh the burdens. The parents' judgment should have an estoppel effect-the physician whose aid they sought in limiting conception should not later be allowed to deny

Además, puede que no necesariamente los beneficios y bendiciones que conlleva traer un hijo o hija al mundo superen los daños que deben soportar los padres por lo que esta tesis se basa en algo incierto que dificulta su aplicación. Por otro lado, en el caso de que se produzca este beneficio, no sería posible compensarlo debido a que lo que se busca compensar son bienes con distinta naturaleza jurídica, por un lado, tenemos un daño patrimonial y por el otro un beneficio de carácter extrapatrimonial.

c) *Costos de alimentación se confunden con la obligación de alimentos:* Este es el argumento con mayor fuerza para rechazar la indemnización por los gastos de manutención.

En esta línea de pensamiento los autores Miguel Martín Casals y Josep Solé Feliu indican que no es posible este tipo de indemnización debido a que, en virtud de la fisonomía del derecho de alimentos, estos no son transables, por lo que no podrían ser objeto del tráfico jurídico<sup>101</sup>. Además, agregan a este argumento, la diferencia que existe entre ambos regímenes, los que tienen distinto fundamento, por un lado, el derecho de alimentos se basa en el deber de solidaridad de los miembros de la familia, mientras que la responsabilidad civil se basa en la justicia correctiva.<sup>102</sup>

Consideramos, que este pensamiento es errado, debido a que confunde ambas instituciones, en ningún caso, la indemnización por gastos de crianza se debe confundir con el deber de alimentos, debido a que primero, tenemos una obligación de alimentos que proviene de una relación de familia, derivada de la filiación, entre el alimentante y el alimentario, y en segundo lugar, tenemos una lesión al derecho de la autodeterminación reproductiva que debe ser indemnizado por el agente que provocó este daño.

Los hermanos Lamo, al explicar este fenómeno mencionan que:

“Cuando se reconoce la indemnización de los costos de manutención, se está actuando de conformidad con la naturaleza de la obligación de alimentos, pues dicho reconocimiento lo que en realidad implica es admitir que la obligación alimentaria conlleva necesariamente un

---

*the importance of that interest or to assert that the unplanned child is actually a blessing". MEE, Jennifer. "Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule", *Washington University Law Review*, N° 70, 1992, 904 p. Citado en: GAJARDO (2023), p 163.*

<sup>101</sup> MARTÍN (2001), p 18.

<sup>102</sup> MARTÍN (2001), p 12 y 13.

sacrificio de índole patrimonial, lo que trasladado a la relación entre el agente dañoso y la víctima en las acciones por wrongful conception se traduce en una erogación que la víctima está en el deber de realizar como consecuencia de la trasgresión a su derecho a la autodeterminación reproductiva y que de hecho trató de evitar empleando algún mecanismo de anticoncepción y por lo tanto, la cual el agente dañador está en el deber de reembolsar. Lo anterior es muy diferente a afirmar que la obligación de alimentos es trasladada a un tercero, puesto que dicha relación se sigue predicando entre los padres y el menor y es una relación jurídica totalmente diferente y autónoma a la que se da en el marco de la acción por anticoncepción fallida entre el agente dañador y los padres/víctimas. Además, no es posible afirmar que con el solo reconocimiento de dicha erogación se está trasladando la totalidad de la obligación a un tercero, puesto que la obligación de alimentos va más allá del aspecto meramente pecuniario y encierra aspectos propios de la dinámica familiar fundada en la solidaridad.”<sup>103</sup>

Así las cosas, creemos que es posible indemnizar los gastos de crianza y alimentación de aquel niño o niña que nace producto de un anticonceptivo fallido, o al menos es legítima su discusión ante nuestros tribunales, es más, si es posible indemnizar los gastos médicos provenientes del embarazo y del parto, ¿por qué no sería posible indemnizar también los gastos de manutención? ¿Cuál es la razón de dejarlos fuera? Nos parece que, en la medida de que sean ciertos, podría acogerse a su indemnización.

#### **4.2. Admisibilidad de las acciones por anticoncepción fallida en Chile:**

Como ha quedado de manifiesto a lo largo de este trabajo de investigación, los derechos sexuales y reproductivos, así como la libertad personal, tienen cada vez mayor relevancia en nuestra vida y, por ende, es un tema de creciente interés para el derecho. Debido a la consciencia cada vez mayor de las mujeres respecto a estos derechos, es que con el transcurso de los años ha ido aumentando el ejercicio de acciones por anticoncepciones fallidas y su admisibilidad cada vez mayor en nuestro país.

##### **4.2.1. “Currihual Pesche con Castillo Pinto”<sup>104</sup>.**

Uno de los primeros casos en los que se dio reconocimiento a la indemnización por anticoncepción fallida tuvo lugar el año 2012.

---

<sup>103</sup> LAMO (2017), p 51.

<sup>104</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 2 de mayo del 2012, causa rol 373-2011.

Este caso es relevante, ya que marcó un precedente importante, debido a que se estimó que producto de una negligencia médica<sup>105</sup> que resultó en un embarazo y posterior nacimiento cabía la indemnización. El tribunal de segunda instancia confirmó el fallo del tribunal inferior, en el que se condenaba al médico tratante de la mujer a pagar una suma de dinero por concepto de daño moral y daño emergente<sup>106</sup>.

#### **4.2.2. “Morales Castillo con Sociedad de Profesionales y Escudero Schiappacasse”<sup>107</sup>.**

En este litigio la paciente accionó de indemnización de perjuicios en contra de su médico tratante quien, negligentemente, no implantó un dispositivo anticonceptivo, resultando en un embarazo no deseado.

Este es el primer caso que tratamos en que, en una primera instancia, el tribunal accede a la demanda y ordena indemnizar por daño emergente y daño moral, negando únicamente la indemnización alegada por la actora relativa a la indemnización por gastos de crianza de la menor.

Sin embargo, este fallo de primera instancia fue revocado en su totalidad por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, aludiendo a que la prestación médica acordada se había cumplido por el tratante<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> La mujer que demandó a su médico se sometió a un proceso de esterilización quirúrgica, sin embargo, la operación no resultó exitosa, puesto que la demandante, posteriormente tuvo un embarazo gemelar.

<sup>106</sup> "Que coincide esta Corte con 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 las especiales características de la misma, y del objetivo perseguido por la paciente, su marido y en conocimiento del médico demandado". Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 2 de mayo del 2012, causa rol 373-2011.

<sup>107</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 3 de julio de 2014, rol 2023-2013.

<sup>108</sup> "Que en consecuencia, y de conformidad a las reglas de tasación legal de la prueba disponible en el proceso, debe tenerse por establecido que el 22 de noviembre de 2005 el demandado don Enrique Escudero Schiappacasse, implantó el dispositivo anticonceptivo Implanon en el cuerpo de la demandante, por lo que cumplió con la prestación que fuera contratada con la actora, no configurándose un requisito básico para que se configure la responsabilidad contractual del deudor, esto es, el incumplimiento total, parcial o tardío de su obligación." Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 3 de julio de 2014, causa rol 2023-2013, considerando 34°.

#### **4.2.3. “Rosa Bahamondez con Servicio de Salud de Chiloé”<sup>109</sup>.**

Un importante caso que resulta del todo relevante para este trabajo de investigación es el caso de Rosa Bahamondes, quien en el año 2010 decidió que se le practicara una intervención quirúrgica que tenía como objetivo la esterilización. Posteriormente, comprobó producto de un nuevo embarazo que ésta nunca fue efectuada.

Lo relevante de este caso, es que se reconoce por nuestros tribunales la vulneración al derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer y su libertad personal, ya que este fue el fundamento de la indemnización por daño moral. En tal sentido, en el considerando 37 el sentenciador estimó que: “es dable considerar que el hecho de decidir respecto del propio cuerpo como lo hizo la demandante en los hechos acreditados, constituye un derecho fundamental garantizado en el artículo 19 N°1 de nuestra Constitución Política de la República, el cual debe entender en correspondencia con los tratados y convenciones internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigentes, esto es la Convención de Belem do Pará, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer CEDAW, las cuales entienden que la decisión respecto de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer son parte fundamental del deber de protección que tiene el Estado en cuanto a resguardar la vida e integridad de la persona, por cuanto la vulneración de este derecho constituye un perjuicio emocional y físico del cual debe hacerse responsable”<sup>110</sup>.

#### **4.2.4. “Barrera con Hospital de San Fernando”<sup>111</sup>.**

Este caso de 2017 trata sobre la omisión negligente de una esterilización solicitada, que a posteriori terminó en el nacimiento de un quinto hijo no previsto.

En primera instancia, el 2° Juzgado de Letras en lo Civil de San Fernando concedió indemnización por daño moral, considerando que se acredita el incumplimiento de la

---

<sup>109</sup> Corte Suprema, sentencia de 29 de enero de 2016, rol 13.544-2015.

<sup>110</sup> Juzgado de Letras de Castro, sentencia de fecha 20 de noviembre de 2014, rol C-1719-2012.

<sup>111</sup> 2° Juzgado Civil de San Fernando, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015, rol C-680-2014.

obligación de esterilización, calificándola como obligación de resultado<sup>112</sup>. Lo importante de este caso es que el tribunal presumió que la existencia de un hijo no planificado conlleva un daño moral, pues la planificación familiar se ve interrumpida.

La Corte de Apelaciones de Rancagua confirmó el fallo en segunda instancia, así como también la Corte Suprema en la sentencia de casación en el fondo.

#### **4.2.5. “Frutos con Fisco de Chile”<sup>113</sup>.**

Este caso es de vital importancia en nuestra jurisprudencia nacional, pues se trata del primer pronunciamiento que hace la Corte Suprema en la materia estudiada en este trabajo.

Este caso trata sobre una mujer que demandó de indemnización de perjuicios contra el Fisco de Chile por falta de servicio, pues se sometió a un procedimiento en el Hospital Naval de Talcahuano de esterilización para evitar que un nuevo hijo naciera con una enfermedad genética, cuestión que resultó fallida, pues quedó embarazada.

En su oportunidad, la actora denunció dos faltas de servicio. Por una parte, la falta de información del servicio prestado por el órgano de salud, lo que fue acogido por la Corte Suprema, declarando que la parte demandada debía haber informado y aconsejado a la paciente para que su cónyuge también se sometiera a un procedimiento de esta naturaleza, para así reducir aún más la posibilidad de concepción. Por otro lado, se alegó mala práctica médica en la intervención, lo que fue descartado en todas las oportunidades procesales correspondientes.

---

<sup>112</sup> "Así, el procedimiento aplicado, y la obligación correlativa de la demandada de lo que se trata, en resumen, es de una obligación de resultado, es decir, que es aquella en la cual el deudor se obliga a proporcionar, en forma directa e inmediata, la satisfacción de un interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado que integra la prestación, de modo tal que como a lo que se obligó el hospital fue a practicar la esterilización, era esta la prestación que deba satisfacer, mientras que la circunstancia de no quedar embarazada la demandada no integraba dicha prestación, desde que era de su conocimiento que existía un margen de error (0,6 a 1%), el que no era explicable por mala praxis, sino que por cuestiones propias de la técnica empleada: pomeroy [...]". 2° Juzgado Civil de San Fernando, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015, causa rol C-680-2014, considerando 10°.

<sup>113</sup> Corte Suprema, sentencia de casación de fecha 27 de septiembre de 2021, causa rol 44.150-2020.

La Corte Suprema reconoció en su fallo la jurisprudencia de la Corte Interamericana como fuente en el ordenamiento nacional, por cuanto reconoce el derecho a la planificación familiar y el interés anticonceptivo.

En su fallo, el máximo tribunal nacional reconoció los derechos reproductivos de las personas, con base en la Ley N°20.418 que versa de “Normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad”. En el mismo cuerpo legal se encuentra el derecho a la información necesaria para la libre elección de salud sexual y reproductiva.

En su fundamentación, el fallo de la Corte Suprema señala que el actuar ilícito del demandado se debe a la infracción del deber de indemnización, relacionado con los métodos anticonceptivos necesarios para reducir al mínimo la posibilidad de nuevos embarazos<sup>114</sup>.

Lo más relevante de este litigio es que, en acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina nacional, se acoge una acción de responsabilidad extracontractual por anticoncepción fallida, libertad humana que tiene reconocimiento en diversas fuentes normativas.

#### **4.2.6. “Ruiz con Servicio de Salud de Reloncaví”<sup>115</sup>.**

De sentencia de reemplazo reciente de 14 de noviembre de 2022, esta acción sobre anticoncepción fallida fue rechazada en primera y segunda instancia, siendo acogida finalmente por la Corte Suprema.

En breve relato, esta causa trata de una paciente que, debido a sus problemas económicos y familiares, recurre al Hospital de Castro para ver la posibilidad de una intervención anticonceptiva. En dicha oportunidad, el servicio médico explica que puede ser sometida a una extracción de las trompas de Falopio, asegurando el 100% de efectividad de anticoncepción. Sin embargo, el centro médico le realizó una ligadura de trompas y no una extirpación como estaba planeado en un primer momento, cuestión que resultó en un embarazo no deseado para la actora.

---

<sup>114</sup> Corte Suprema, sentencia de casación de fecha 27 de septiembre de 2021, causa rol 44.150-2020, considerando 4°.

<sup>115</sup> Corte Suprema, sentencia de casación de fecha 14 de noviembre de 2022, causa rol 132.045-2020.

El fundamento de la Corte Suprema para revocar la sentencia recurrida y en definitiva reemplazarla, se encuentra en dos ejes, siendo el primero el derecho a la decisión de no tener hijos: “El nacimiento del hijo de la demandante no es, entonces, lo indemnizable. Se trata, en este caso, de la determinación en la falta de servicio incurrida por la Administración, quien no respetó la voluntad expresa de la paciente respecto de sus derechos reproductivos, en orden a no procrear nuevos hijos. Este factor de imputación se relaciona estrechamente con el derecho que tiene la mujer de definir, dentro de las prestaciones legales y aquellas puestas a su disposición, la planificación familiar que más se acomode a sus condiciones materiales concretas”<sup>116</sup>.

El segundo eje es la falta de servicio: “Que la presente contienda se refiere a la falta de servicio por no haber realizado la intervención quirúrgica que, dadas las pruebas aportadas, hacen presumible que era aquella que la demandante señala como informada, diversa a la efectivamente realizada”<sup>117</sup>.

El fallo verifica el daño moral y fija la indemnización en quince millones de pesos.

#### **4.2.7. “Conadecus con Laboratorios Andrómaco S.A. y Silesia S.A.”<sup>118</sup>.**

Este caso es reciente, y tiene importancia ya que se refiere a una demanda colectiva que se interpuso en contra de los laboratorios Andrómaco S.A. y Silesia S.A., por las pastillas anticonceptivas defectuosas Anulette CD. El litigio terminó por un acuerdo extrajudicial de carácter confidencial<sup>119</sup>.

#### **4.2.8. “Young y otros con Laboratorios Andrómaco S.A. y otros”<sup>120</sup>.**

Los padres de una niña no planificada demandan indemnización por concepto de daño moral, por la suma de \$125.000.000, por cada uno, lo que asciende a un total de \$250.000.000, por

---

<sup>116</sup> Corte Suprema, sentencia de remplazo de fecha 14 de noviembre de 2022, causa rol 132.045-2020, considerando 1°.

<sup>117</sup> Corte Suprema, sentencia de remplazo de fecha 14 de noviembre de 2022, causa rol 132.045-2020, considerando 3°.

<sup>118</sup> Demanda ante el 5° Juzgado Civil de Santiago, en causa rol C-3029-2021.

<sup>119</sup> GAJARDO (2023), p 222.

<sup>120</sup> 15° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 27 de septiembre de 2023, causa rol C-31727-2019, considerando 21°.

la supuesta falla de las pastillas anticonceptivas Tinelle, que, a su juicio, provocó el embarazo inesperado.

El 15° Juzgado Civil de Santiago, rechazó la demanda debido a que no se logró acreditar el presupuesto de causalidad, esto es, que el embarazo se haya producido por una falla de las pastillas anticonceptivas<sup>121</sup>, no condenando en costas a los actores ya que a juicio del tribunal existía motivo plausible para demandar.

Cabe hacer presente que esta causa no se encuentra terminada, ya que los demandantes decidieron elevar su conocimiento a la Corte de Apelaciones de Santiago mediante un recurso de apelación.

Los casos anteriormente expuestos, evidencian no solo una tendencia hacia la aceptación cada vez mayor de estas acciones por nuestros tribunales, sino que también, corresponden a una manifestación de que las mujeres, principalmente, reconocen su derecho a la autodeterminación reproductiva y a que los casos de anticoncepciones fallidas corresponden a una transgresión al mismo, por lo tanto, acuden a que se les genere una reparación integral del daño, demandado, no solo por el daño moral, sino también, en algunos casos, hasta por los daños patrimoniales más discutidos actualmente como lo son los gastos de crianza.

---

<sup>121</sup> 15° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 27 de septiembre de 2023, causa rol C-31727-2019, considerando 21°.

## CONCLUSIONES

Siendo la responsabilidad civil un mecanismo para que las personas afectadas por algún tipo de daño tengan la posibilidad de que se les indemnice por tal perjuicio, no es extraño ni descabellado que el ámbito de aplicación de esta acción se haya ampliado y de que, en definitiva, generando cualquier tipo de daño, el afectado busque que se le indemnice.

En tal sentido, en nuestro país, se reconoce y protege el derecho a la salud y de manera específica, el derecho a la salud reproductiva, en virtud del cual, las personas deciden de manera libre e informada, utilizar un método anticonceptivo para evitar la concepción, embarazo y posterior nacimiento de un niño y niña.

De esta manera, existiendo tal reconocimiento y siendo los métodos anticonceptivos mecanismos legítimos para que las personas, en el ejercicio de su libertad personal, puedan regular su fertilidad, creemos que corresponde que nuestro derecho establezca medios para responder ante eventuales daños que se generen cuando, por una falla imputable al fabricante o al médico, no cumplen con el resultado esperado. Es en este contexto en que surgen las demandas por anticoncepción fallida.

Así las cosas, nuestro trabajo de investigación se basa en aquellos casos en que el método anticonceptivo empleado corresponde a una pastilla que resultó ser defectuosa, por lo que se generó el nacimiento de un niño o niña inesperado y no deseado. De manera específica, nos referimos a aquellas fallas masivas de pastillas anticonceptivas que se produjeron durante los años 2020 y 2023, y que afectaron a muchas mujeres.

Una de las primeras conclusiones a la que llegamos con nuestra investigación es que el fundamento de este tipo de acción es la lesión a la autonomía reproductiva de la mujer, en cuyo legítimo ejercicio es ella quien, por medio de una planificación familiar, decide si tener hijos, la cantidad, el momento, o simplemente no tenerlos.

De esta forma, rechazamos la postura tradicional que señala que el daño en este tipo de acciones la vida del niño o niña, la cual ha sido defendido por autores como Hernán Corral, cuya postura no compartimos pues podríamos concluir que se basa más en una creencia

religiosa y moral<sup>122</sup> y pareciera no estar de acuerdo incluso con la regulación de la fertilidad<sup>123</sup>.

La falla de pastillas anticonceptivas, que en los casos analizados se debe a defectos de fabricación, se enmarca en la regulación de los productos farmacéuticos defectuosos contemplada en la ley 20.085, que establece un estatuto especial de responsabilidad objetiva calificada, que prescinde del elemento de imputabilidad y en su lugar, exige que se acredite defecto del fármaco, el daño y la relación de causalidad.

Consideramos necesario, hacer presente que, en la actualidad existe un proyecto de ley cuyo objetivo es que se incorpore una presunción de causalidad (lo cual, hoy en día, es complejo de acreditar), en aquellos casos en que se ha emitido una alerta sanitaria por el ISP respecto de pastillas anticonceptivas que luego causan embarazos no deseados. Esta presunción implicaría una inversión de la carga de la prueba, siendo los laboratorios demandados los encargados de acreditar que el embarazo no se produjo por el defecto de su producto.

Ya llegando al final de nuestro estudio, analizamos los distintos tipos de daños producidos por fallas en las pastillas anticonceptivas y cuáles de estos podrían ser indemnizados.

Lo anterior, lo podemos resumir en que, cumpliéndose los requisitos del daño indemnizable, siendo estos: I) una lesión real y efectiva, II) un daño significativo, III) que se lesione un legítimo interés y, IV) no se haya indemnizado el daño; se podrían indemnizar: los daños producto de la lesión a la autonomía reproductiva de la mujer y el daño moral clásico (pesar psicológico); así como los gastos del embarazo y del parto, daño por lucro cesante y daños de alimentación y crianza.

Respecto a los daños de naturaleza extrapatrimonial, estimamos que, perfectamente, podrían concurrir los dos ya que no son excluyentes, y en el caso de que los dos coexistan, esto podría influir en el monto de la indemnización, aumentándola.

---

<sup>122</sup> Lo anterior, ya que en su columna de opinión hace mención de un versículo bíblico, específicamente a Juan 16:21, el que versa sobre el nacimiento, considerando a su juicio “necesario volver a repararlo”. DERECHO Y ACADEMIA [en línea]. Chile: Hernán Corral Talciani [fecha de consulta: 08-10-2023]. Disponible en: <<https://corraltalciani.blog/2012/05/27/aborto-y-esterilizacion-fallidos-el-hijo-como-dano>>

<sup>123</sup> Wrongful conception. El Mercurio, Santiago, Chile, 3 de marzo, 2021. 3 p, A-1, A-2, A-3.

Por otro lado, en cuanto a los gastos de alimentación y crianza, como un daño emergente futuro, concluimos que, aunque no exista consenso en la doctrina respecto a su indemnización, debiera concederse en la medida de que logren acreditarse, puesto que el nacimiento de un hijo o hija inesperados y no deseados inevitablemente genera una disminución en el patrimonio de la madre para el cual no estaba preparada, daño que no necesariamente se compensará con los beneficios que significan traer una nueva vida al mundo. Además, la reparación de los gastos de crianza es una cuestión totalmente distinta a la obligación de alimentos que tiene los padres sobre el niño o niña, por lo que no deben confundirse; se puede recurrir a la obligación de alimentos, pero meramente para ilustrar el monto y forma en la que deba pagarse la indemnización de los gastos de alimentación y crianza.

Por últimos, hemos podido analizar lo que han dicho nuestros tribunales respecto de las demandas de anticoncepción fallida, los cuales han mostrado una tendencia a declarar su admisibilidad, indemnizando generalmente los gastos asociados al embarazo y el parto y los daños extrapatrimoniales, pero no el lucro cesante y los gastos de alimentos, por la difícil prueba de la causalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA:

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago, Chile: Imprenta Universitaria, 1943.
2. ALMANZA, Francia; CACERES, Morela; y PÉREZ, Blanca. Dispositivos electrónicos y vehículos automotores: productos defectuosos y peligrosos para el consumidor. *Entre ciencias e ingeniería*, 12 (24): 94-104, jul-dic. 2018.
3. ALVARADO SALDÍAS, Nicolás y MÜLLER RIQUELME, Paula. "Pastillas Anticonceptivas Defectuosas y Responsabilidad Civil: ¿Es el nacimiento de un niño no deseado un daño indemnizable?". Tesis de pregrado para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Valparaíso, Chile: Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho, 2021.
4. BARROS, Enrique. *Tratados de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
5. BECERRA, Natalia. Anticonceptivos hormonales [en línea] [fecha de consulta: 26-09-2023]. Disponible en <https://medicina.uc.cl/publicacion/anticonceptivos-hormonales/>
6. BRAVERMAN, Philip. Wrongful Conception: Who Pays for Bringing Up Baby. *Fordham law review*, 47 (3): 418-436, 1978.
7. CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo; SÁNCHEZ RUBÍN, José Antonio. Acciones de wrongful conception en Chile: Una propuesta de fundamentación. *Acta Bioethica*, 24 (2): 237-244, 2018.
8. CÁRDENAS VILLARROEL, Hugo. "El rol del derecho de daños en la consolidación del derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer en Chile". En:

- CÁRDENAS, H y MORALES, N. Feminismo, Género y Derecho Privado. Valencia: Tirant Blanch. 2021. pp 285-305.
9. CÁRDENAS, H. y SÁNCHEZ, J. Indemnizaciones por anticoncepciones fallidas en Chile ¿A qué título? En: Estudios de derecho civil XII: ponencias presentadas en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santiago: Thomson Reuters, 2017. pp. 577-591.
  10. CHILE. SERNAC: Ficha de recomendaciones para el uso de anticonceptivos hormonales orales. Santiago, Chile: Servicio Nacional de Consumidor, 2023.
  11. COLEMAN, Jules. Riesgos y daños. Madrid: Marcial Pons, 2010.
  12. CORPORACIÓN MILES. Quinto Informe Sobre Derechos Sexuales y Reproductivos en Chile. Santiago, Chile: CORPORACIÓN MILES, 2023.
  13. CORRAL, Hernán. La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos. Revista chilena de derecho privado, (2): 71-93, 2004.
  14. CORRAL, Hernán. Responsabilidad por productos defectuosos. Análisis y propuestas para el derecho civil y de consumo en Chile. Santiago: Abeledo Perrot, 2011.
  15. FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica. La ampliación del concepto tradicional de wrongful conception en el campo de la responsabilidad médica en Colombia. IUSTA (54): 1-37, 2021.
  16. FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.
  17. GAJARDO ZUÑIGA, Pablo. Responsabilidad civil por embarazos no deseados en el derecho chileno. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2023.
  18. HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel y GÁTICA RODRIGUEZ, María Paz. Protección del consumidor y responsabilidad civil por producto o servicio defectuoso. Revista de estudios de la justicia (31): 17-43, 2019.

19. ISLER, Erika. El producto defectuoso en la ley 19.496. Santiago: Librotecnia, 2013.
20. LAMO BLANCO, Jorge Eduardo y LAMO BLANCO, Laura María. “Las acciones por wrongful conception en el ordenamiento jurídico colombiano: la vida humana sana no deseada resultante de un mecanismo anticonceptivo fallido, como un daño indemnizable”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2017.
21. MACIA MORILLO, Andrea. Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life. Revista chilena de derecho privado (12): 167-206, 2009.
22. MARTÍN, M y SOLÉ, J. Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos. InDret (3): 56-73, jul 2001.
23. MELLADO MONTOYA, Felipe y OLIVARES DÍAZ, Diego. “Perspectivas sobre la transmisibilidad de la acción por daño extrapatrimonial en el Derecho Civil Chileno”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018.
24. MONDACA M. Alexis, AEDO B. Cristián, COLEMAN V. Luis. Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Revista Ius et praxis (1): 19-56, 2015.
25. MUNITA MARAMBIO, Renzo. Concepción, nacimiento y vida: Su cuestionable mérito indemnizatorio. Actualidad Jurídica (36): 97-139, 2017.
26. ORDÓÑEZ BASTIDAS, William Andrés. La responsabilidad por la anticoncepción fallida en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021.
27. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. "Sobre el Lucro Cesante". Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 86 (243): 7-35, 2018.

28. PÉREZ ISLAS, A. "A favor de la transmisibilidad de la acción por daño moral". Revista Derecho y Humanidades N°16, Vol. 2, 2010.
29. SALAMANCA LEAL, Cynthia. Responsabilidad civil por medicamentos defectuosos. Santiago, Chile: Editorial Hammurabi, 2022.
30. SAROJNI, Laasy. Case Comment: Donoghue v Stevenson (1932). Jus Corpus Law Journal, 3 (3): 21-27, mar 2023.
31. STEININGER, Bárbara (2010), "Wrongful birth and wrongful life: basic questions". [en línea] [fecha de consulta: 26-09-2023]. Disponible en: <<https://doi.org/10.1515/jetl.2010.125>>
32. VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu. El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (3): 40-59, diciembre 2013.

## **JURISPRUDENCIA:**

### **Nacional:**

1. Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 2 de mayo del 2012, causa rol 373-2011.
2. Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 3 de julio de 2014, rol 2023-2013.
3. Juzgado de Letras de Castro, sentencia de fecha 20 de noviembre de 2014, rol C-1719-2012.
4. 2° Juzgado Civil de San Fernando, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015, rol C-680-2014.
5. Corte Suprema, sentencia de 29 de enero de 2016, rol 13.544-2015.
6. Corte Suprema, sentencia de fecha 9 de julio de 2018, causa rol 4065-2018, considerando 8°.
7. Corte Suprema, sentencia de casación de fecha 27 de septiembre de 2021, causa rol 44.150-2020

8. Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de febrero de 2021. En: GAJARDO (2023), p 196.
9. Corte Suprema, sentencia de casación de fecha 14 de noviembre de 2022, causa rol 132.045-2020
10. 15° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 27 de septiembre de 2023, causa rol C-31727-2019, considerando 21°.

### **Internacional:**

#### **España:**

1. Sentencia del Tribunal Supremo, rol N°2845/1994, 25 de abril de 1994.
2. Sentencia del Tribunal Supremo, rol 3675/1998, 5 de junio de 1998.
3. Sentencia del Tribunal Supremo, rol 3905/2000, 3 de octubre de 2000.
4. Sentencia del Tribunal Supremo, rol 4936/2004, 4 de noviembre de 2008.
5. Sentencia del Tribunal Supremo, rol 2494/2015, 19 de mayo de 2015.
6. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 2317/2008, 23 de mayo de 2008.

#### **Estados Unidos:**

1. *Custodio v. Bauer*, Corte Suprema de California, 251 Cal. App. 2d 307 (1967). Disponible en: <<https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/251/303.html>>
2. *Coleman v. Garrison*, Corte Suprema de Delaware 349 A.2d 8 (1975). Disponible en: <<https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1975/349-a-2d-8-1.html>>