

Minuta sobre Proyecto de Ley que modifica el Código Sanitario para establecer una presunción de responsabilidad civil por los daños causados por anticonceptivos defectuosos.

(Boletín N.º 14094-11, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados)¹

- Este proyecto tiene su origen en las alertas del ISP durante el año 2020 sobre anticonceptivos defectuosos y de ello se siguió que más de 100 mujeres quedaron embarazadas. A partir de esta situación, se incorporan modificaciones en el Código Sanitario para que las personas afectadas por el uso de medicamentos anticonceptivos defectuosos que den por resultado un embarazo no planificado puedan ser reparadas. Por ello, propone agregar una presunción de causalidad cuando exista un embarazo y se haya usado anticonceptivos respecto a los cuales haya una alerta emitida por el ISP, para que sea carga del laboratorio probar que el defecto de los anticonceptivos no podría haber generado dicho resultado, y elevando de mil a dos mil el monto máximo que puede aplicar el ISP por multas.
- **Esta minuta tiene por objeto demostrar la problemática que subyace en el literal c.2 del artículo único del proyecto de ley para agregar un inciso quinto nuevo al artículo 111 J del Código Sanitario, el cual establece que el embarazo producto de un anticonceptivo defectuoso ‘constituye una vulneración a la autonomía reproductiva de la madre’.**
- Este nuevo inciso fue incorporado mediante una indicación suscrita por la diputada Cariola. En la sesión del 6 de septiembre de la Comisión de Salud, la diputada fundamentó dicha indicación arguyendo que se “objetiva el sujeto jurídico” para demostrar que “un embarazo no deseado tiene como consecuencia un daño en la autonomía reproductiva de las mujeres o de las personas gestantes”.
- El nuevo inciso quinto presenta una deficiencia importante. **Considerar el embarazo no deseado como un daño implica (i) NO respetar la dignidad del hijo no nacido**, que debe ser tutelado por el derecho, y que es siempre digno por el simple hecho de ser persona, (ii) **ser contradictorio, pues lo digno en sí mismo** (“es bueno que existas”), **no puede ser a la vez perjudicial y nocivo** (“es malo que existas”) y (iii) **establecer un derecho subjetivo** (la autonomía reproductiva) **para disfrazar que el daño no es el hijo, sino la vulneración a la decisión de la madre.**
- La autonomía reproductiva se refiere al “control y prevención de la procreación y la decisión de tener hijos”², y se relaciona con los derechos sexuales y reproductivos, que tienen “especial entidad respecto de las mujeres, en consideración (...) a su exclusiva capacidad procreativa y (...) a que el modelo social de subordinación está construido fundamentalmente para el control de la sexualidad y de la capacidad de procreación de estas”. En resumen, **debido a una visión ideológica de la sociedad (creer que existe un modelo patriarcal que domina a la mujer mediante el control de la procreación) se crea un “derecho a**

¹ Este proyecto de ley fue originado en moción por los diputados Karol Cariola, Miguel Crispi, Claudia Mix, Maite Orsini, Andrea Parra, Camila Rojas, Marcela Sandoval, Víctor Torres, Camila Vallejo y Gael Yeomans.

² La Constitución feminista, Bárbara Sepúlveda Hales y Florencia Pinto Troncoso (coordinadoras), “Derechos y garantías constitucionales desde una perspectiva feminista”, de Claudia Iriarte, Ediciones LOM, octubre 2021, p. 166.

decidir sobre el propio cuerpo” que justificaría toda decisión con independencia de la integridad del no nacido. En efecto, el “derecho a la autodeterminación del embarazo y maternidad como derecho de libertad respecto del propio cuerpo y reproducción es la base sobre la cual se estructura la legislación que permite el aborto, que se considera como un componente de este derecho.”.

- ¿Cómo ocurre esto? Relativizando el concepto de vida humana. Bajo esta postura, el no nacido “pertenece biológicamente a la especie humana, pero todavía no a la humanidad”, es decir, “la vida de los seres privados de conciencia no sería más que una *vida humana biológica* pero no una *vida humana personal*, que es la única digna de protección”³. Así, el peligroso efecto de integrar la autonomía reproductiva en nuestro ordenamiento jurídico es que **se entrega a la voluntad de cada uno la determinación sobre el comienzo de la vida humana**. El no nacido solo sería reconocido como persona, si y solo si, en virtud de una decisión arbitraria, es reconocido como tal.
- En la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional se ha conocido este tipo de casos con el nombre de *wrongful conception, pregnancy or birth*: pretensiones que se asocian a la ineficacia de un anticonceptivo, que tiene como consecuencia el nacimiento de un niño. En 1991 la **Corte de Casación francesa rechazó una acción de este tipo porque la existencia de un hijo no da lugar, por sí misma, a un daño reparable**; en 2008 el **Tribunal Supremo español afirmó que NO hay nacimientos lesivos y que toda vida es digna de ser vivida**.
- Este tipo de acciones comparten con las posturas abortistas el fundamento de la autonomía reproductiva, es decir, que la existencia y protección al no nacido es un asunto “que depende exclusivamente de la voluntad de la madre”. Por lo tanto, el supuesto derecho a decidir de la madre sería el sustento tanto para abortar como para exigir una indemnización por un embarazo no consentido causado por el uso de anticonceptivos defectuosos. Así como la legalización excepcional del aborto evoluciona a una mayor amplitud de causales y plazos (ej. el rechazado proyecto de ley de aborto libre hasta las 14 semanas), los casos de *wrongful conception* podrían configurarse como nuevas causales de aborto, también fundamentadas en la autonomía reproductiva.
- Por último, se trata de un maltrato a la dignidad del hijo, pues la indemnización tiene su origen en que *no fue deseado*. Aun si él no lo sabe, existe la posibilidad de producir un daño psicológico importante, pues su buen desarrollo requiere de un hogar y un ambiente en el que *sea querido*, y no visto como un dolor. Por ello, la solución es la inversa: el hijo que existe por un embarazo no deseado no es un daño a la autonomía reproductiva de la madre, sino la fuente del mandato estatal de prestar especial atención y apoyo a los dos.
- Por las razones anteriores, recomendamos **VOTAR EN CONTRA** del literal c.2 del proyecto de ley.

³ Grégor Puppinck, *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*, Ediciones Encuentro, Madrid, España, 2020, p. 135.