

**EN LO PRINCIPAL:** Apela. **EN EL PRIMER OTROSI:** Entabla recurso de casación en la forma. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Patrocinio y poder. **EN EL TERCER OTROSI:** Se tenga presente nuestro domicilio.

**S. J. L. (20°)**

JESÚS VICENT VÁSQUEZ, por la parte del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER), en los autos caratulados “**Centro Juvenil con Instituto**”, causa rol n° **5839-2002**, a US. con respeto digo:

Por este acto y dentro de plazo legal para hacerlo, apelo de la sentencia definitiva dictada por US. con fecha 30 de Junio de 2004 y que corre a fojas 1432 y siguientes, por ser agravante a los intereses de mi parte y no encontrarse ajustada a Derecho.

#### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO.**

##### **I. ASPECTOS PROCESALES.**

###### **I.I.- Identificación de las Partes.**

Como una cuestión inicial es menester dar cuenta que la sentencia recurrida identifica erróneamente a los terceros coadyuvantes en este juicio.

El Considerando 18° a fojas 1467 expresa que “(...) doña Mayra Feddersen Martínez, Viviane Lennon González y doña Alejandra Mera González-Ballesteros; como terceros coadyuvantes (...)”, en circunstancias que ellas no han sido admitidas en este juicio; resolución que, como sabemos, es actualmente materia de apelación ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

**I.II.- Sobre la Identificación y la Consideración de las pruebas aportadas por esta parte.**

**i)** Esta parte acompañó como prueba documental, tal como lo señala el Considerando 17º a fojas 1466, “los siguientes documentos: ‘Nociones básicas sobre la generación de un nuevo individuo y la anticoncepción de emergencia’, doctor Antonio Mackenna; ‘Levonorgetrel como anticonceptivo de emergencia’, de don Alberto Palomino y Luigi Devoto; y ‘Mecanismo de acción del levonorgestrel administrado como anticonceptivo de emergencia con la mona Cebus Apella’” este último de autoría de la Sra. María Elena Ortiz (cosa no reconocida en la sentencia).

Es decir, **ya tenemos un documento acompañado por esta parte y que fue mal citado** por US. en la sentencia recurrida.

**ii)** Además acompañó informe del Dr. Ramiro Molina, “La anticoncepción de emergencia y su impacto en la fecundidad adolescente”, documento no citado por US. en la sentencia en cuestión.

Es decir, tenemos otro documento acompañado por esta parte, **que derechamente no fue considerado por el Tribunal** al dictar la sentencia recurrida.

**iii)** Y además acompañó informe del Dr. Luis Valladares, “Mecanismo de Acción del levonorgestrel como anticoncepción de emergencia”, documento tampoco citado por US. en la sentencia en cuestión. Y debo destacar la importancia de este último, toda vez que aporta directos antecedentes acerca de la forma en que actúa la anticoncepción de emergencia usando Levonorgestrel 0,75 mg; lo que, reitero, no fue considerado por el Tribunal.

Es decir, tenemos otro documento más acompañado por esta parte, **que derechamente no fue considerado por el Tribunal** al dictar la sentencia recurrida.

**iv)** Por otra parte, al ponderar los documentos presentados por esta parte en el considerando 23°, a fojas 1471 la sentenciadora expresa que frente a ellos “sólo podemos decir que ellos constituyen instrumentos privados que no han sido reconocidos, por las partes que supuestamente los suscribieron, los que sólo aparecen firmados, al ser nuevamente acompañados al proceso (...) por lo que sólo han sido reseñados a fin de ilustrarnos sobre la opinión que aparentemente tienen otros especialistas”; no obstante no haber existido objeción a su respecto y estar, por ende, reconocidos en juicio al tenor de lo dispuesto en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

Es decir, US. sembró un manto de dudas respecto de los documentos acompañados por esta parte, **en circunstancias, reitero, que los mismos no estaban objetados**; cosa totalmente improcedente.

**v)** Por otra parte, al referirse a los estudios realizados en las monas Cebus Apella, informe de autoría de la Sra. María Elena Ortíz (cosa que, como dijimos, no fue reconocida en la sentencia) en el Considerando 49° a fojas 1491 se señala que “En cuanto a este último efecto, la ciencia médica sólo nos aporta antecedentes que nos indican la realización de experimentos realizados en animales, que descartarían este efecto, sin embargo, no se puede sin más extrapolar estos estudios en humanos, garantizándose con rigurosidad la seguridad para el embrión.”

Pues bien, como sabemos, el modelo animal representado por la

mona es el más cercano posible a la mujer, ya que las hembras de ambas especies tienen ciclos menstruales donde la actividad ovárica es igualmente regulada por la hipófisis y donde se ha establecido respuestas al LNG del todo similar cuando se administra esta hormona en la fase pre y peri (alrededor) ovulatoria.

Es decir, **la prueba más patente del efecto del producto farmacéutico en cuestión fue desechada sin más** por el Tribunal, sin que existan antecedentes serios de ninguna índole que así lo permitieran.

**vi)** Todavía más: Como sabemos, el primer punto de prueba reza: “Si es efectivo que los actos administrativos que aprobaron la comercialización de la ‘píldora del día después’ cumplen con las disposiciones del Instituto de Salud Pública”.

Pues bien, siendo esa la materia a tratar, deberemos estar contestes en que resultaba necesario tener a la vista el informe que había dado Contraloría General de la República frente a la Resolución cuestionada por el actor. Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución Política de 1980, es a ese organismo al que corresponde ejercer controles de legalidad y constitucionalidad frente a los actos de la administración.

¿Y qué dice el dictamen de Contraloría correspondiente (n° 36.758, de 10 de octubre de 2001)?

Pues dice que no hay ilegalidad alguna en la Resolución en cuestión, agregando textualmente que “**no se han advertido vicios en el procedimiento del aludido registro** (del producto farmacéutico ‘Postinor-2’) y que la referida Resolución “**se encuentra debidamente fundada**”.

¿Y qué dijo US. en la sentencia recurrida frente a ese documento?

Pues no dijo nada, ya que **ni siquiera fue citado en el fallo en cuestión**, no obstante haberlo acompañado esta parte a estrados de manera oportuna y cumpliendo con todas las exigencias procesales.

Por consiguiente, en todos los casos citados, aparece con meridiana claridad que, en rigor, el Tribunal no dio la importancia y la trascendencia debidas a la documentación aportada por esta parte a estrados, afectando con ello gravemente y de manera manifiesta el derecho a la defensa jurídica reconocido por el artículo 19 n° 3 de la Carta Fundamental.

### **I.III.- Sobre la Solicitud de Pruebas intentada por esta parte.**

Atendida la naturaleza de este juicio, en que los principales elementos probatorios lo constituyen las pericias de expertos, esta parte solicitó oportunamente designación de peritos.

Tras el proveído correspondiente y su debida notificación, se celebró la respectiva audiencia de nombramiento de peritos.

No habiendo existido, en esa audiencia, acuerdo entre las partes respecto de las personas que debían ser nombradas como peritos, se dejó constancia de ello en el expediente y a continuación el Tribunal quedó “en resolver”.

Y luego el Tribunal no se pronunció más sobre el tema, ya que, simple y sencillamente, citó a las partes a oír sentencia.

Frente a ello esta parte repuso, haciendo presente que en la especie existían materias probatorias aún no resueltas (recordemos que el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil señala que si las

partes no se ponen de acuerdo, “hará el nombramiento el tribunal”, siendo ello imperativo y obligatorio, y no voluntario), mas el Tribunal resolvió remitiéndonos a una normativa que -hemos de decirlo- no era aplicable al caso. Y mantuvo su postura de “citar a las partes a oír sentencia”, sin más.

Es así como, en la especie, la actuación del sentenciador privó derechamente a esta parte de la posibilidad que se aportaran probanzas que tuvieran el carácter técnico-científico que a ella le interesaban; especialmente considerando que tras la designación de perito y tras haber sido notificado y haber, éste, aceptado el cargo y jurado desempeñarlo fielmente, debía el perito realizar un “acto de reconocimiento”, en el que las partes podíamos hacer las observaciones que estimásemos oportunas y pedirle, además, que hiciera constar los hechos y circunstancias que juzgáramos pertinentes. Todo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 419 del Código de Procedimiento Civil.

De todo ello se nos privó. Cosa, por cierto, no regular ni adecuada, y que nuevamente afecta gravemente y de manera manifiesta el derecho a la defensa jurídica reconocido por el artículo 19 n° 3 de la Carta Fundamental.

#### **I.IV.- Sobre la testimonial rendida en autos por la demandante y las tachas.**

Al pronunciarse frente a la tacha que oportunamente se intentó en contra del testigo Sr. Orrego Vicuña, en el Considerando 5° a fojas 1456, US. dio cuenta que aquélla se había intentado en razón de lo dispuesto en el artículo 358 n° 6 del Código de Procedimiento Civil, vale decir, por carecer el testigo de la imparcialidad necesaria para declarar.

Al efecto, me permito recordar que el testigo en cuestión en su momento declaró que “en la medida que esta píldora es abortiva mis opiniones han sido contrarias a ella” y luego “en el documento demuestro que esta píldora tiene un efecto abortivo y el actual Presidente de la República se comprometió a que durante su gobierno no se promovería el aborto cosa que en este caso no ha cumplido”, y luego, al preguntársele derechamente si él esperaba que como resultado del juicio se cancelara el registro de la píldora (es decir, que se le diera lugar a la demanda) dijo claramente “sí”.

Ahora bien, frente a esta tacha, que era y es prístina y evidente, el Tribunal dijo en el Considerando 6°, a fojas 1456, que el testigo “no manifiesta un interés patrimonial, ya sea directo o indirecto en el juicio (...), razón por la que ella deberá ser rechazada”.

Nótese lo inaudito de la situación: Era y es evidente la falta de imparcialidad del testigo, ya que **se manifestó abiertamente favorable a las pretensiones del actor y manifestó abiertamente su deseo y anhelo que el demandante ganara el juicio**. Y sin embargo, el Tribunal no hace lugar a la tacha por no haber manifestado, el primero, “un interés patrimonial”.

Así las cosas, se ponderó prueba claramente viciada y poco fiable; no obstante, reitero, haberse deducido oportunamente la tacha correspondiente.

#### **I.V.- Sobre la Consideración de la prueba testimonial aportada por la demandante.**

Sin perjuicio de lo ya dicho, en orden a que, en relación con el testigo Sr. Orrego Vicuña, se ponderó prueba claramente viciada y poco fiable, hemos de agregar algo más.

En primer lugar, al referirse a los dichos del testigo Sr. Ventura Juncá, US., en el Considerando 16° a fojas 1465, expresa que este último “señala que (...) sí conoce los requisitos internacionales de la comunidad científica, los que a su juicio no se han cumplido”.

Y en segundo lugar, al referirse a continuación a los dichos del testigo Sr. Orrego Vicuña (testigo parcial, ya lo dijimos), US., en el Considerando 16° a fojas 1465, expresa que este último señala que “no se cumplieron los requisitos necesarios para su aprobación ya que no existieron los estudios acabados”.

Es decir, en ambos casos se transcriben opiniones (“a su juicio no se han cumplido”, “no existieron los estudios acabados”); no obstante que, como sabemos, los testigos no pueden ni deben dar opiniones y sólo deben limitarse a declarar sobre hechos, ya que para dar “opiniones” están los peritos, no los testigos.

Por ende, **al dar valor a esos dichos de los “testigos”, lo cierto es que se los trató como si estos últimos hubieran sido “peritos”,** cosa que, por cierto, vicia completamente la prueba en cuestión.

Y hago presente que no fue aquélla la única oportunidad en que los “testigos” recibieron ese trato: En el Considerando 22°, a fojas 1471, se cita al Sr. Ventura-Juncá de la siguiente manera: “(...) afirma que la información científica existente no garantiza la seguridad del embrión”; lo que nuevamente implica que se ha aceptado su “opinión” y que nuevamente se le ha tratado como “perito” cosa que, vuelvo a decir, vicia completamente la prueba en cuestión.

## **II. ASPECTOS DE FONDO.**

El segundo punto de prueba consulta acerca de si la Resolución cuestionada por el actor “atenta contra la vida del que está por nacer”.

### **II.I.- En cuando a los Informes de Peritos.**

Para resolver ese tema, dice el Considerando 20° a fojas 1468, US. decretó informes periciales como medida para mejor resolver, agregándose que ellos, más la demás prueba rendida, “serán pruebas concluyentes para que este Tribunal adquiriera una convicción respecto de hechos científicos para poder aplicar sobre dicha convicción los parámetros legales y constitucionales y el restablecimiento consecuente, si así fuere del caso a fin de obtener un control sobre la juridicidad de las normas de derecho”.

Nótese la importancia que se les da a las pericias en cuestión, ya que ellas serán “prueba concluyente”.

Y bueno, a continuación en el fallo comienzan a citarse los supuestos resultados arrojados por los peritos designados por el Tribunal.

Lo relevante y destacable del tema es que en el fallo **no se transcriben fielmente los citados resultados**; por el contrario, y como detallaremos, extrañamente se citan pasajes o se toman frases (sin considerar su contexto) que resultan útiles para las pretensiones del actor, mas no para acercarse a la verdad de la cuestión objeto del debate.

**i)** Así, en relación con el peritaje del Dr. Carlos Valenzuela pasa lo siguiente:

Debemos partir diciendo que el perito, al enviarle su informe al Tribunal, a fojas 1386, señala que: “Debido a que su petición es

fundamentalmente de efectos adversos sobre el cigoto, embrión o la mujer que utiliza este fármaco, **mi informe está direccionado y sesgado en ese sentido**". Es decir, ya el perito nos pone sobre aviso sobre que lo que dice está "direccionado y sesgado", puesto que se le requirió que hablara sobre "efectos adversos sobre el cigoto, embrión o la mujer que utiliza este fármaco".

Y esa sola prevención del perito -que su informe estaba "direccionado y sesgado"- forzaba a no considerarlo en absoluto al tiempo de decidir el tema en cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior, y como el Tribunal sí citó ese informe pericial, nos referimos a él a continuación.

En el Considerando 28° letra a), a fojas 1474, se afirma que "la acción farmacológica del Levonorgestrel (principio activo de Postinor-2) es triple: en coitos pre-ovulatorios retarda la migración de los espermios y retarda o detiene la ovulación; en su acción en coitos pre-ovulatorios inmediatos en los que no detiene la ovulación y en los post-ovulatorios (la ovulación ya se ha producido) cambia la mucosa de las trompas de Falopio (oviductos) y del útero de modo de disminuir su capacidad para mantener viable al cigoto, retarda su migración en las trompas o impide la anidación del embrión".

Pero lo cierto es que no existe ninguna información científica que sostenga que el fármaco en comento cambie la mucosa de las Trompas de Falopio ni del útero, de que retarde la migración del cigoto o que impida la anidación; de hecho, el informe no hace una referencia al cambio en la mucosa.

A mayor abundamiento, en la página tres del mismo informe, a fojas 1389, se señala que "no pueden concluir certeramente sobre el efecto en el cigoto o en la implantación".

Es decir, en rigor, y no obstante no citarlo US. en el fallo recurrido, el perito lo que sostuvo es que **“no pueden concluir certeramente sobre el efecto en el cigoto o en la implantación”**.

En la letra b) del mismo Considerando 28° se dice que “Cuatro años después el Grupo OMS realizó un segundo estudio (von Hertzen et al.2002). Estos autores encontraron que el levonorgestrel dado con una dosis entre 1 y 3 días después del coito tenía una efectividad de 80% independientemente del tiempo transcurrido entre el coito y la administración del fármaco. Este sólo hecho es un indicador conclusivo del efecto anti-implantatorio del fármaco (si sólo tuviera efecto antiovulatorio la efectividad debería decaer en un 26% entre el primer y segundo día y, decaer en un 24% entre el segundo y tercer día, según las probabilidades usadas por Croxatto et al. 2002, normalizadas a 100%)...’ y añade ‘El excedente de efectividad debe ser atribuido al efecto anti-implantatorio...’”.

Pues bien, en ese caso lo cierto es que el perito está aplicando los resultados de estudios en otras materias para sostener una conclusión completamente alejada de la realidad.

Como sabemos, no se pueden emplear estimaciones de eficacia anticonceptiva para deducir o suponer un mecanismo de acción. Unos y otros requieren estudios diversos, y no pueden extrapolarse tan livianamente como se ha pretendido en la especie. **Los estudios científicos para probar los mecanismos de acción deben estar orientados en ese sentido, cosa que no refirió el perito en cuestión.**

Y a mayor abundamiento, las estimaciones realizadas por el perito no son las correctas; de hecho, los cálculos realizados por él no se sustentan en las estimaciones más recientes de la eficacia

anticonceptiva del Levonorgestrel 0,75 mg. (Trussel, Ellerston, Von Hertzen, Bigrigg, Webb, Evans, Ferden y Leadbetter, “Estimating the effectiveness of emergency contraceptive pills” en *Contraception* 67:259-265 (2003)).

En consecuencia, su opinión respecto de un supuesto efecto “anti-implantatorio”, carece de base científica, rigurosa y precisa.

En la letra d) del mismo Considerando 28° se afirma que “levonorgestrel puede producir cambios que dificultarían la anidación del embrión humano...”; y agrega que ‘Los posibles cambios en la mucosa de las trompas son importantes porque al prolongar el tránsito del cigoto y embrión en ella pueden exponer a un embarazo ectópico o a un envejecimiento del embrión que lo inhabilita para implantarse correctamente en el útero. Otros autores no han encontrado cambios por lo que el punto continua siendo controversial...’.

Ahora bien, en el informe, en una parte no citada por US. en el fallo, el perito reconoce que la evidencia científica que presenta se refiere a otros anticonceptivos y en otras dosis, distintas a las del producto farmacéutico que nos reúne.

El expresa, textualmente, que “el levonorgestrel puede producir cambios que dificultarían la anidación del embrión humano (Ver trabajos de Larimor y Stanford 2000) para los anticonceptivos orales, aunque no para el levonorgestrel de emergencia, y de Ugocsai en dosis más altas que las habituales...”

En consecuencia, a diferencia de lo que aparece en la sentencia recurrida, lo que el perito ha sostenido es que **no existe evidencia alguna de que altere el endometrio ni las Trompas el Levonorgestrel 0,75 mg usado como anticonceptivo de**

**emergencia.**

En la letra i) del mismo considerando 28° se dice que “El embarazo ectópico con levonorgestrel de emergencia se dio en 2,2% en el estudio de la OMS (von Hertzen et al. 2002) algo superior al máximo esperado espontáneamente...”

Pues bien, hemos de decir que lo recién referido no es efectivo. El estudio de von Hertzen citado incluyó 2.712 mujeres tratadas con LNG (Levonorgestrel), en las que se observó un solo caso de embarazo ectópico entre los 44 embarazos observados. Dado que, en la población general la frecuencia de embarazo ectópico es uno de cada 150 a 200 embarazos y que en este estudio el número de embarazos estimados es de 216, la frecuencia de embarazos ectópicos con presencia de LNG es igual a la población general. En consecuencia, lo cierto es que, a diferencia de lo que aparece en el fallo recurrido, **no existen diferencias en la proporción de embarazos ectópicos entre las mujeres que no consumieron LNG 0,75 mg y las que sí lo hicieron.**

**ii)** En relación con el peritaje de la Dra. Inés Elisa Ruiz Alvarez pasa lo siguiente:

En el Considerando 29°, a fojas 1477, **se reseñan unas supuestas conclusiones que no son aquellas a las que arribó la perito** y que aparecen en su informe.

En la letra b) del citado Considerando 29° aparece que “Para los anticonceptivos orales que contienen asociaciones de estrógenos (como el Etinilestradiol) y progestágenos (como Levonorgestrel) se dice que actúan previniendo la ovulación y para aquellos que sólo contienen progestágenos, se mencionan tres posibilidades de acción. Estos tres posibles mecanismos son el bloqueo de la ovulación, el

engrosamiento del mucus cervical lo que disminuye la llegada de los espermios hasta el óvulo, y alteraciones en el endometrio que impiden la implantación del huevo”.

Pues bien, como aparece claramente en su informe, al decir lo anterior la perito se está refiriendo a los mecanismos de acción de la anticoncepción de uso regular y no a la anticoncepción de emergencia.

De hecho, la perito dice, a continuación de lo transcrito en el fallo, que existe “evidencia contradictoria en la literatura sobre la sobre la capacidad del levorgestrel de alterar la implantación del huevo”.

Luego, en una parte no citada en el fallo, la perito informa sobre mecanismos de acción del Levorgestrel como anticonceptivo de emergencia, concluyendo que “en algunos estudios se han encontrado alteraciones menores en el endometrio, pero **insuficiente para asegurar que el LNG altera la receptividad del endometrio o impide la implantación del óvulo fecundado**. Por otra parte, el LNG usado como anticonceptivo de emergencia **no interrumpe un embarazo establecido**, es decir, cuando ya ha comenzado la implantación, lo que sería evidencia contraria a la postulación de que su capacidad anticonceptiva se relaciona con la alteración de la anidación.” Todo ello que aparece a fojas 1396.

En suma, lo que la perito dijo frente al tema es que no existe evidencia científica que permita sostener que el LNG altera la receptividad del endometrio o impide la implantación del óvulo fecundado. Como vemos, cosa distinta a la que aparece en el fallo recurrido.

En la letra c) del mismo Considerando 29° se citan

contraindicaciones que US. asocia al producto farmacéutico “Postinor 2”, en circunstancias que la perito, como aparece claramente en su informe, se está refiriendo a contraindicaciones de la anticoncepción combinada de uso regular (continuo), que no son extrapolables a los anticonceptivos progestágenos puros usados en forma continua o como anticoncepción de emergencia.

Más aún, la perito en su informe a fojas 1397 señala que “En las mismas referencias se insiste que las contraindicaciones habituales para los anticonceptivos de uso mensual pudieran **no ser válidas debido al breve uso del levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia**”.

Ahora bien, además de lo anterior y además de sostener que en el fallo se practicó una mala, incompleta e inadecuada cita al informe de la perito, hemos de decir también que, como consta en el expediente, la anticoncepción de emergencia basada en LNG **no tiene contraindicaciones**. Así lo expresa la Organización de la Salud, como lo señala el capítulo AE del libro de ginecología del Dr. Alfredo Pérez Sánchez; así lo expresa en su informe el Dr. Luis Valladares.

Luego, habiendo concluido el aspecto referido a las supuestas contraindicaciones, la perito agrega, “Con respecto a la anticoncepción de emergencia con levonorgestrel, los efectos adversos que se pueden producir son náuseas (en cerca del 50% de las usuarias), vómitos (20%), diarrea, sensibilidad en las mamas, cefalea, mareos, fatiga, dolor abdominal bajo y retraso en la menstruación. De estos efectos adversos ninguno es grave y en algunos países se considera el producto suficientemente seguro como para ser adquirido sin necesidad de prescripción médica (por ejemplo, Noruega, Suecia, Israel). En Chile su condición de venta es con receta médica”.

Es decir, el producto farmacéutico puede llegar a tener algunos efectos adversos tal como cualquier otro producto. Incluso **como pueden tenerlo simples antibióticos.**

En consecuencia, remitiéndonos a los mismos dichos de la perito, “de estos efectos adversos **ninguno es grave y en algunos países se considera el producto suficientemente seguro como para ser adquirido sin necesidad de prescripción médica** (por ejemplo, Noruega, Suecia, Israel)”.

Así las cosas, lo cierto es que los peritos no dieron la razón a la parte actora y sin embargo, en una actuación que a esta parte le cuesta explicarse o comprender, el Tribunal los consideró de una forma diametralmente opuesta.

## **II.II.- Sobre la Presunción Judicial.**

En el Considerando 41º, a fojas 1485, se señala que “atendido a que en la ciencia médica no existe consenso sobre los efectos abortivos del principio activo del Postinor-2, esto es, el Levonorgestrel 0,75 mg (...)”. Y lo mismo se expresa en el considerando 47º.

Es decir, el Tribunal lo que hace es una sinonimia entre aborto y posible no-implantación, cuestión del todo discutida no sólo en la ciencia médica (tal como lo señala el perito Valenzuela en su informe a fojas 1390) sino también en el Derecho.

La ciencia médica ha definido como aborto la interrupción del embarazo antes de las 20 semanas de gestación. La Organización Mundial de la Salud y la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia han señalado que, desde el punto de vista clínico, para que haya aborto se requiere previamente embarazo; y que un huevo fertilizado sin imbricación biológica con su madre no constituye un

embarazo.

En consecuencia, US. ha partido ya de un supuesto errado o, a lo menos, objeto de una discusión aún no resuelta.

Luego, al estimar US. que por no estar completamente dilucidado el tema y construir, entonces, “presunciones judiciales” para resolver el caso, lo que ha hecho en la práctica es invertir la carga de la prueba, esto es, ha obligado a probar al demandado el hecho que el producto farmacéutico en cuestión no inhibe la implantación del huevo. En otras palabras, ha forzado al demandado a probar un hecho negativo; lo que sabemos, no es posible.

Y al efecto destacamos no sólo que no es posible probar que el producto farmacéutico en cuestión no inhibe la implantación del huevo, porque lógicamente lo que se puede probar es lo positivo o lo que existe, y no lo negativo o lo que no existe. No se puede probar ni jamás se podrá probar porque, como US. comprenderá, **nunca se va a experimentar con mujeres recién fecundadas para determinar si un producto impide la anidación.**

Y no sólo por una cuestión técnica, sino que porque sería éticamente condenable y reprochable en todas partes del mundo.

Y esto es tan claro y simple como decir que no puede probarse ni jamás se podrá probar que, por ejemplo, comerse una manzana no inhiba la implantación del huevo.

En uno y otro caso -en el del producto farmacéutico y en el de la fruta- ocurre lo mismo: **Se trata de un hecho negativo imposible de probar** (... y no por eso impediremos que una mujer se coma una manzana).

Ahora bien, para los efectos de la construcción de la

“presunción judicial” que US. pretendía, la existencia de Levonorgestrel en “Postinor 2” no puede constituir de manera alguna el hecho cierto en que se basa la cadena de análisis.

Según aparece en el fallo recurrido, al parecer el hecho cierto sobre el cual funda la presunción consiste en “la circunstancias objetivas aportadas por los documentos rolantes a fojas 562 y siguientes, suscrito por el doctor Patricio Ventura-Juncá, quien además declaró como testigo en este juicio; y en cuyo documento se da cuenta de la existencia de tres estudios que a la fecha aportan evidencia de que el Levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia, puede producir cambios en el endometrio; Moggia 1974; Landgren 1989 y Wang 1998”.

Pero el Tribunal **no puede fundar una presunción sobre los dichos de un testigo**, más aún cuando ya está probado y demostrado que estos no son efectivos.

Al efecto, no podemos dejar de manifestar nuestra extrañeza por el hecho que el Tribunal le haya dado algún tipo de connotación científica a lo publicado del Sr. Ventura-Juncá en el Diario El Mercurio. En primer lugar, porque ese medio de comunicación no es uno de divulgación científica; en segundo lugar, porque aun si hiciera algún tipo de divulgación de ese carácter, no tiene el respaldo de la comunidad científica internacional; y en tercer lugar, porque si US. sí consideró relevantes esas publicaciones, también debió haber dado relevancia a las respuestas que ellas generaron y que aparecieron también en el Diario El Mercurio. Todas, por cierto, que refutaron los dichos del Sr. Ventura-Juncá.

Para que quede constancia, debo además dar cuenta a US. que las respuestas a que recién he aludido y que, como he dicho,

aparecieron también en el Diario El Mercurio, constituyen hechos públicos y notorios, de común conocimiento de la ciudadanía y que, por consiguiente, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, no requerían de prueba especial.

También, cabe recordar que el artículo 47 del Código Civil sostiene que “se dice presumirse el hecho de que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”; y que, en consecuencia, el “conocimiento” pasa a ser el elemento esencial de la presunción, **lo que no ocurre en la especie, porque todos los hechos son ciertamente controvertidos, tal como en más de un pasaje del fallo así se ha reconocido.**

Por otra parte, el artículo 1712 del Código Civil establece que las presunciones “que deduce el juez deben ser graves, precisas y concordantes” y, como ya señalamos, un hecho que es controvertido no puede ser una circunstancia que tenga las características que exige esta disposición citada.

Por lo anterior, la supuesta presunción que se ha construido, carece de los requisitos que exige la ley. Y con ello a ninguna conclusión razonable se puede llegar.

Así las cosas, fundamento el recurso en las siguientes disposiciones que detallo: En los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, artículos 47 y 1712 del Código Civil, artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de 1980.

**POR TANTO**, en mérito de lo expuesto, y conforme lo dispuesto en las normas legales citadas, y demás pertinentes,

**RUEGO A US.** se sirva tener por interpuesto recurso de apelación fundada en contra del fallo referido, y concederlo y disponer se eleven

estos antecedentes, a fin de que el Tribunal Superior, la Ilustrísima Corte de Apelaciones, enmendándolo conforme a Derecho, lo revoque, y resuelva, en definitiva, negar lugar a la demanda intentada en autos. Con costas.

**PRIMER OTROSÍ:** Estando dentro del plazo legal, y conjuntamente con el recurso de apelación deducido en lo principal, entablo, por este acto, recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de dictada por US. con fecha 30 de Junio de 2004, y cuya invalidación solicito atendidos los fundamentos que pasan a expresarse:

### **CAUSALES DEL RECURSO**

Fundo el presente recurso en la causal establecida en el n° 9 del artículo 768, en relación con lo dispuesto en el artículo 795 n° 4, ambos del Código de Procedimiento Civil, esto es: “En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarada esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad” y “La práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión”.

Los hechos son los siguientes, por las razones que paso a exponer:

Atendida la naturaleza de este juicio, en que los principales elementos probatorios lo constituyen las pericias de expertos, esta parte solicitó oportunamente designación de peritos.

Tras el proveído correspondiente y su debida notificación, se celebró la respectiva audiencia de nombramiento de peritos.

No habiendo existido, en esa audiencia, acuerdo entre las partes respecto de las personas que debían ser nombradas como peritos, se dejó constancia de ello en el expediente y a continuación el

Tribunal quedó “en resolver”.

Y luego el Tribunal no se pronunció más sobre el tema, ya que simple y sencillamente, citó a las partes a oír sentencia.

Frente a ello esta parte repuso, haciendo presente que en la especie existían materias probatorias aún no resueltas (recordemos que el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil señala que si las partes no se ponen de acuerdo, “hará el nombramiento el tribunal”, siendo ello imperativo y obligatorio, y no voluntario), mas el Tribunal resolvió remitiéndonos a una normativa que -hemos de decirlo- no era aplicable al caso. Y mantuvo su postura de “citar a las partes a oír sentencia”, sin más.

Es así como, en la especie, la actuación del sentenciador privó derechamente a esta parte de la posibilidad que se aportaran probanzas que tuvieran el carácter técnico-científico que a ella le interesaban; especialmente considerando que tras la designación de perito y tras haber sido notificado y haber, éste, aceptado el cargo y jurado desempeñarlo fielmente, debía el perito realizar un “acto de reconocimiento”, en el que las partes podíamos hacer las observaciones que estimásemos oportunas y pedirle, además, que hiciera constar los hechos y circunstancias que juzgáramos pertinentes. Todo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 419 del Código de Procedimiento Civil.

De todo ello se nos privó. Cosa, por cierto, no regular ni adecuada, y que afecta gravemente y de manera manifiesta el derecho a la defensa jurídica reconocido por el artículo 19 n° 3 de la Carta Fundamental.

Y a mayor abundamiento, el fallo guarda completo silencio sobre la diligencia de nombramiento de peritos solicitados por el

Instituto de Salud Pública y los terceros coadyuvantes. Es decir, simplemente se nos negó, sin más, y con flagrante desobediencia a disposiciones precisas del Código de Procedimiento Civil, una diligencia probatoria cuya omisión nos produjo indefensión

### **LEY QUE CONCEDE EL RECURSO**

La ley que concede el recurso de casación en la forma por la causal señalada esta contenida en el artículo 768 n° 9 del Código de Procedimiento Civil, ubicado en el Título XIX del Libro III, del mencionado cuerpo legal, en relación con el artículo 795 n° 4 del mismo Código.

### **PERJUICIO AL RECURRENTE**

El vicio o defecto reclamado causa a nuestra parte un perjuicio evidente, por cuanto la actuación del sentenciador privó derechamente a esta parte de la posibilidad que se aportaran probanzas que tuvieran el carácter técnico-científico que a ella le interesaban; especialmente considerando que tras la designación de perito y tras haber sido notificado y haber, éste, aceptado el cargo y jurado desempeñarlo fielmente, debía el perito realizar un “acto de reconocimiento”, en el que las partes podíamos hacer las observaciones que estimásemos oportunas y pedirle, además, que hiciera constar los hechos y circunstancias que juzgáramos pertinentes. Todo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 419 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, se nos dejó en la indefensión

Por ello nuestra parte ha sufrido un perjuicio sólo reparable con la invalidación del fallo, razón por la que procede enmendar la sentencia viciada y las demás actuaciones conexas con ella.

**POR TANTO**, en mérito de lo expuesto, y conforme lo dispuesto en las normas legales citadas, y demás pertinentes,

**RUEGO A US.** se sirva tener por interpuesto recurso de casación en la forma en contra de la misma sentencia apelada en lo principal, y concederlo y disponer se eleven estos antecedentes, a fin de que el Tribunal Superior, la Ilustrísima Corte de Apelaciones, acogiendo el recurso, anule el fallo de primera instancia y determine el estado en que queda el proceso, el que ha de ser aquel que permita la práctica de la diligencia obviada por el Tribunal a quo. Con costas.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Ruego a US. se sirva tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patente al día, asumiré personalmente el patrocinio de estos recursos; todo ello, conforme lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 772 de Código de Procedimiento Civil.

**TERCER OTROSÍ:** Ruego a US. se sirva tener presente que nuestro domicilio es el de calle Moneda 970, piso 9° Sur, Estudio Etcheberry, Santiago.