

J.v.p.
C.A. de Valparaíso.

Valparaíso, siete de marzo de dos mil diecinueve.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos décimo tercero y los dos signados sucesivamente como décimo quinto, todo lo cual se elimina.

Se suprime, además, la última palabra del motivo quinto.

Y teniendo en su lugar y además presente:

1.- Que el Fisco insiste en la relación causal habida entre la condición de doble circular reductible, que afectó al feto y que fue el antecedente médico de la asfixia que padeció, y el daño neurológico referido latamente en primer grado, de modo que en su parecer no existe forma de imputar ese daño a culpa del Servicio. Lo cierto es que esa argumentación es equivocada, porque la acción terapéutica que debió evitar el daño estribaba, precisamente, en la intervención médica durante el proceso de parto, para interrumpir de inmediato el embarazo. Destaca el perito que informó en autos, que en los casos en que se presentan signos de asfixia en un feto, es fundamental la valoración diagnóstica adecuada y oportuna durante el parto, para acortar el tiempo de exposición a la situación peligrosa. Y añade algo que es central, según luego veremos: “en recién nacidos de término, con casi total seguridad se puede obtener un bebé sano y sin lesiones durante el parto, si se vigilan los marcadores de sufrimiento fetal con tiempo suficiente para extraer al feto antes de que este se vea comprometido”. Esa afirmación técnica demuestra por sí sola la relación causal entre la omisión aquí producida, y el daño, porque de no ser así jamás habría responsabilidad médica por ninguna omisión en el tratamiento debido de una condición patológica grave, ya que siempre será esa condición la causa biológica del daño. Aquí no se juzga la responsabilidad del Fisco por la doble circular en el cuello del feto, que por supuesto que no la tiene, sino su responsabilidad por no haberse aplicado los procedimientos terapéuticos que la lex artis médica impone, para revertir la situación e impedir los efectos dañosos que esa condición puede acarrear al que nace.



2.- Que el perito también destaca que, siendo la asfixia la causa de la encefalopatía, cabe tener presente que se estaba en una situación de embarazo de alto riesgo obstétrico, que no se registró monitoreo fetal en un intervalo de tiempo crítico, y que el único registro de latidos fetales da cuenta de un patrón indicativo de asfixia, anotado ello a las 13, 16 horas, es decir una hora y cuarenta y cuatro minutos antes del alumbramiento, sin que ninguno de esos factores determinara la intervención de un médico ni, por consiguiente, la adopción del procedimiento quirúrgico a que el mismo perito se refiere como interrupción del embarazo, redefiniendo la vía del parto. Es decir, que una operación cesárea efectuada a tiempo, habría evitado el daño final, que no emana, entonces, de la sola condición de doble circular del cordón umbilical, sino del mal manejo terapéutico del parto en cuestión, y de los síntomas de asfixia desatendidos, en particular.

3.- Que luego el Fisco, al apelar, nos dice que en todo caso tampoco puede afirmarse que exista certidumbre de la existencia de relación de causalidad entre la omisión anotada y el daño. Es decir, nos quiere expresar que los tratamientos y procedimientos médicos sólo otorgan posibilidades, y no certezas, de suerte tal que a lo sumo habría una pérdida de oportunidad, pero no un vínculo causal directo con el daño. Sin perjuicio de que ello pueda ser así en muchos casos, acontece que para establecer el nexo causal que se echa en falta no es preciso que exista una certidumbre total en el plano fáctico, sino una certidumbre jurídica, que equivale a una alta probabilidad, que transforme el caso contrario en una calificada excepción. Esto no es solo propio de un daño generado por deficiencias en el plano de los tratamientos médicos, sino que se aprecia en otros ámbitos, siendo paradigmático el del lucro cesante, que por versar sobre hechos hipotéticos de un futuro tronchado, muchas veces se refiere a situaciones jamás comprobables en su totalidad, pero sí tan altamente probables, que se equiparan a la certeza. La pérdida de oportunidad supone una incertidumbre de alguna relevancia respecto del resultado esperado, y por eso se le ha aplicado en el caso de que se tronche la vida laboral de una persona a temprana edad, porque verdaderamente no se puede predicar una probabilidad que se equipare a la certeza respecto de su hipotética sobrevivencia activa por largos años, o de la conservación de su empleo y su remuneración consiguiente, por un lapso especialmente prolongado.

4.- Que en materia médica hay tratamientos y procedimientos que sólo garantizan una chance, pero su probabilidad de buen éxito no



alcanza niveles que permitan conectar directamente su ausencia con el resultado dañoso. Sin embargo la medicina nunca es exacta ni absoluta en la predicción de los efectos de sus terapias, de manera que hay que distinguir entre aquellas que generan una muy alta probabilidad de éxito -y esas se equiparan a la certeza para los efectos de la vinculación causal que jurídicamente interesa- y las que sólo proporcionan una esperanza fundada, pero estadísticamente no cercana a la certeza, aunque sea relativamente alta. En el caso sublite el peritaje, en la parte que antes destacamos, permite dar por resuelto el punto cuando nos dice que la interrupción del embarazo, luego de un diagnóstico precoz de asfixia, determina que “en recién nacidos de término, con casi total seguridad se puede obtener un bebé sano y sin lesiones durante el parto, si se vigilan los marcadores de sufrimiento fetal con tiempo suficiente para extraer al feto antes de que este se vea comprometido”. Es decir, si en la especie se hubiera obrado acertadamente ante el indicador de alteración de latidos fetales, sugerente de asfixia, y si en todo caso se hubiera continuado registrando los indicadores durante el largo tiempo posterior, antes del nacimiento, procediéndose por el médico competente a adelantar el parto modificando su vía, “casi con total seguridad” se hubiera obtenido un bebé sano.

5.- Que ello no ocurrió porque, de una parte, no había médico – ni especialista, ni general- atendiendo el parto, que pudiera decidir y practicar una cesárea, pese a que se trataba de un embarazo de alto riesgo obstétrico, y no fue llamado ninguno tampoco, ni siquiera ante el parámetro alterado de latidos fetales, y, de otra parte, no se continuó registrando los latidos del feto, y en suma, no se hizo nada durante una hora y cuarenta y cuatro minutos, lo que determinó, con la certeza que cabe pedir, la existencia del daño. No es, pues, éste un caso de pérdida de chance, sino uno de daño directamente producido por la falta del servicio. Y desde luego no cabe ahondar en que las explicaciones de la matrona, y su pretensión de haber monitoreado los latidos del feto después del único registro, no han de ser admitidas, pues por simple protocolo y por lógica, de ser así habría tenido que registrarlo por escrito, cosa que no hizo, y su falta se demuestra, además, porque no llamó al médico ante la anotación sospechosa, pese a que en su mismo testimonio dice, antes, que en caso de tal alteración su deber era llamarlo, y todo ello sin considerar lo que ya se dijo en primer grado acerca de la adulteración del registro de la apariencia del líquido amniótico, que la matrona no supo explicar en su testimonio, de manera que esa deponente no es digna de crédito; lo que declara no



genera prueba alguna y no parece otra cosa que una excusa para desvirtuar así su probable responsabilidad funcionaria.

6.- Que tampoco es cierto que existan concausas que concurran al daño. Por cierto que en materia médica, como se dijo, lo habitual será que existan patologías capaces de generar perjuicio a la salud, y por eso deben intervenir los facultativos, pero desde que la obligación de buen servicio consiste en que efectivamente intervengan, y en que actúen en concordancia con su *lex artis*, la cuestión no estriba en determinar qué curso siguen esos males si la intervención médica no se produce, sino en establecer qué curso seguirían si efectivamente se interviene, conforme a la *lex artis*. Y si el curso altamente probable, en términos equiparables a la certeza, como hemos dicho, es la remisión del mal y la evitación del daño, entonces la mala atención no es una causa concurrente: es la causa del daño, simplemente, para efectos de la responsabilidad jurídica, del tipo que fuere.

7.- Que en cuanto al daño moral, lo primero que cabe decir es que no es admisible que el mismo se extienda a los tíos del niño directamente afectado. Ni que dudar cabe que toda la familia, y aún relaciones más lejanas o amigos de los familiares, se duelan de una situación tan trágica, que hasta por simple empatía humana conmueve a cualquiera que se entere del caso. Pero el daño moral es más que eso, y más que el dolor emocional simplemente. En su variante de precio del dolor, que es la que aquí concurre para las víctimas por repercusión, el daño moral constituye un sufrimiento especialmente severo y prolongado, de aquellos que pueden trastornar una vida, o afectarla seriamente por un tiempo esperablemente largo. Que eso es lo que aquí ocurre cabe predicarlo, sin duda alguna, con relación a los padres, respecto de quienes no hace falta sino sustituirse en su lugar en forma mental e hipotética, para comprender el alcance de su tragedia. Cabe afirmarlo, también, respecto de los abuelos, aunque por lo común en alguna menor medida, salvo casos particulares; pero no puede extenderse a los tíos, excepto que medien circunstancias tales como que fueran quienes tuvieran a su cargo al niño por faltar los padres, o por otro motivo especial. De no ser así, la repercusión se detiene antes de ese grado de parentesco, pues ella tiene que encontrar un límite, y parece razonable establecerlo en los abuelos, dado que, salvo los casos excepcionales que aquí no interesan, el vínculo afectivo del abuelo hacia el nieto es sustancialmente más significativo que el del tío hacia el sobrino.



8.- Que los informes psicológicos que obran en la causa, si bien fueron testimonialmente ratificados, no parecen distinguir adecuadamente entre los padecimientos de las diversas personas afectadas, y en todo caso son solo apreciaciones de externalidades que podrían reflejar hasta cierto punto el estado interior del ánimo, pero que no pueden por sí mismos demostrar la hondura del dolor, ni tampoco una cercanía especial de los tíos, que, por mucho que quisieran al sobrino, no se ha probado que lo tuvieran a su cargo o que por alguna excepcional circunstancia, más allá de la unión y armonía que reine en la familia, estén dentro del lindero de lo que puede abarcar un daño por repercusión. La demanda, entonces, será desechada a sus respetos, ya que para ellos no basta el ejercicio de sustitución mental a su lugar, como medio de acreditar el daño. Particular mención cabe hacer a que el dolor que conlleva el derecho a ser indemnizado no es simplemente el que se genera y amplía por sucesivas repercusiones, en el seno de la familia, porque desde luego que en los hechos el dolor de los abuelos afecta a todos sus hijos, incluidos los tíos del niño, por ejemplo, pero ello no puede acumularse para los efectos jurídicos de determinar quiénes sean las víctimas a indemnizar.

9.- Que respecto del niño mismo, que falleció antes de la dictación de la sentencia de primer grado, según afirman ambos apelantes y según consta del certificado acompañado a esta instancia, el Fisco nos dice que esa circunstancia debería tenerse presente para reducir la indemnización concedida a su respecto. En verdad no es así. El derecho a ser indemnizado por el daño moral, en su caso consistente en la pérdida de intereses extra patrimoniales, se radicó en el niño a partir de su nacimiento con el irreversible y severo daño que culminó en su muerte, casi tres años después. El mismo hecho de su temprana muerte y la terrible calidad de vida que entretanto le impuso la negligencia del servicio, demuestran la inmensidad del daño que sufrió, y cuyo derecho a ser resarcido por supuesto no desaparece con su muerte, sino que simplemente se radica ahora en sus herederos, puesto que le pertenecía desde que el perjuicio se causó. Ahora bien, para esta Corte ese daño cabe regularlo en una suma de ciento cincuenta millones de pesos. No porque podamos poner un precio mayor o menor a la vida humana y tampoco a la salud, sino porque constreñidos a valorarlo en dinero, como único medio de pálida compensación a la tragedia, forzoso es que le pongamos un límite, y ese límite no debiera alejarse en demasía de las cifras que estadísticamente la jurisprudencia ha regulado para casos de muerte o



de grave afectación de la salud física y mental, en general. Ciertamente, ni la estadística es un dato obligatorio, ni tampoco la hay que dé cuenta de cifras uniformes, pero parece que una cantidad como la que anticipamos se aviene mejor con ese difuso catastro, del que es recomendable no alejarse en demasía para no poner en riesgo la seguridad jurídica ni la igualdad, siquiera relativa, de quienes recurran al a Justicia en situaciones equiparables.

10.- Que si el daño moral del niño surge probado de la sola circunstancia objetiva de su enfermedad incurable y grave, que desencadenó luego la muerte, como lo había previsto el perito que, a todo esto, vio confirmada con ello la seriedad de su dictamen, el daño de los padres, en sí mismo constitutivo de dolor, queda acreditado al haberse establecido sus supuestos objetivos, que son el vínculo familiar y el daño a la salud y a la vida de su hijo. Nada más hace falta para que luego, por sustitución mental hipotética, como antes dijimos, quede probado el daño, pues salvo circunstancias extraordinarias, aquí ni siquiera alegadas, el dolor de un padre por tan grave condición sufrida por su hijo, es de aquellos que trastornan la vida por completo. El dolor anímico, como el cariño, son emociones, condiciones internas, expresiones del alma, que no es posible probar directamente pues no pertenecen al mundo de los sucesos exteriores. Se acreditan, entonces, de modo indirecto: si el vínculo es estrecho, como el de padres e hijos, o si la afectación es directamente personal, basta probar los supuestos objetivos. Lo demás, se prueba por la presunción que de lo anterior surge. Si el vínculo es menos cercano, habrá que probar las circunstancias extraordinarias de cercanía personal, además de las manifestaciones externas del profundo penar, que terceros puedan haber apreciado en el demandante. En el caso de los padres no es necesaria esa prueba de externalidades, por lo demás siempre dudosa pues o bien se pueden simular o bien hay quienes sufren sin manifestaciones mayores hacia el mundo. Y además no hay motivo para hacer diferencias entre los progenitores, si no se alegó ni demostró una lejanía emocional de alguno de ellos respecto del hijo, que justifique una diferencia que, de no mediar esas circunstancias, se constituye en discriminación arbitraria. Los informes psicológicos a sus respectivos solo reafirman lo dicho, sin que de ellos puedan extraerse diferencias que permitan distinguir entre las indemnizaciones debidas, como entendió el Sr. Juez a quo, ya que las sutilezas en las que quiere basarse no son otra cosa que estimaciones de un tercero, por experto que sea, respecto de manifestaciones externas equívocas, que pueden variar por el carácter y condiciones propias y distintas de cada



persona, pero que no determinan ni demuestran una diferencia sustantiva en la hondura de la pena, ni de la afectación anímica final.

11.- Que así entonces, cada padre debe ser indemnizado con una suma igual, que para cada uno se regulará en esta instancia en ochenta millones de pesos, cantidad que se condice con la gravedad de lo padecido y con los parámetros que, a simple título de guía, se asumieron en el motivo precedente.

12.- Que para los abuelos cabe predicar lo mismo: su dolor es innegable en tanto no se alegara y demostrara que existiera alguna circunstancia que hiciera que no pudiera aplicarse la presunción que surge de los supuestos objetivos constituidos por el grado de parentesco y por la patológica condición que padeció su nieto, hoy fallecido. Tampoco hay aquí una razón para hacer distingos entre ellos. Para cada uno, pues, se concederá una indemnización de diez millones de pesos, sin atender a diferencias que se crea ver a partir de informes que siempre son apenas tentativas de escudriñar en el alma ajena, territorio en buena medida, y por su propia naturaleza, infranqueable. Esos informes y el testimonio consiguiente, pueden, entonces, ayudar a establecer el daño moral, pero es pedirles demasiado que permitan clasificar en orden de gravedad los que han sufrido varias personas que están en similar situación.

13.- Que tal como lo reclama el Fisco, los intereses sobre la sumas acordadas deben correr no desde que quede ejecutoriado el fallo, sino desde la mora. Del mismo modo, este apelante reclama que dicho interés sea el legal, concepto que hoy equivale a corriente y para determinar cuál sea el corriente específicamente legal para este caso, cabe determinar si estamos ante deudas reajustables o no, y claramente lo son, pues se concede reajuste en el mismo fallo, de suerte que esta petición se acogerá, tanto en el sentido de aplicar el interés que legalmente procede, como en cuanto a la época desde la cual eventualmente se generará.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que se revoca la sentencia apelada de veintidós de mayo de dos mil dieciocho, corriente de fs. 929 a 971 de este cuaderno, en cuanto acogió la demanda de indemnización de perjuicios intentada por doña Javiera Ignacia, don Jonatan Jetro y doña Estela Belén, todos de apellidos Carvajal Manzano, y en su lugar se declara que se



MJXXHXRXG

rechaza la demanda respecto de aquellos actores, sin costas por haber tenido motivo plausible para litigar.

II.- Que se confirma en lo demás la señalada sentencia, con las siguientes declaraciones:

A.- Que se fijan las sumas que a continuación se indican, para cada uno de los actores que se dirá, por concepto de indemnización del respectivo daño moral.

a.- Respecto del niño Jordan Alexis Gaete Carvajal, hoy su sucesión, la cantidad de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000).

b.- Respecto de los demandantes Pedro Alexis Gaete Montenegro y Catalina Andrea Carvajal Manzano, la cantidad de ochenta millones de pesos (\$80.000.000) para cada uno.

c.- Respecto de los demandantes Rubén Carvajal Ahumada, Ana María Manzano Acevedo y Marco Antonio Gaete Bravo, la cantidad de diez millones de pesos (\$10.000.000) para cada uno.

III.- Que se declara además que los intereses que generarán las sumas acordadas para cada actor serán los corrientes para operaciones reajustables, a partir de la fecha en que el deudor se constituya en mora de los pagos respectivos.

Regístrese y devuélvase junto con su agregado y custodia.

Redacción del Ministro Sr. Mera.

N°Civil-1686-2018.





WJYXHXRXG

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por Ministro Presidente Alejandro German Garcia S., Ministro Raul Eduardo Mera M. y Fiscal Judicial Jacqueline Rose Nash A. Valparaiso, siete de marzo de dos mil diecinueve.

En Valparaiso, a siete de marzo de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 12 de agosto de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.