

Santiago, dieciséis de junio de dos mil veinte.

De conformidad con lo que dispone el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del párrafo segundo de su consideración décima sexta y de los razonamientos décimo octavo a vigésimo tercero, que se eliminan.

Se repite, asimismo, la parte expositiva y el fundamento segundo de la sentencia de casación que antecede.

Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

1°.- En estos autos Verónica Cisterna Ferreira, por sí y por su hijo menor de edad G. A. B. C., dedujo demanda en contra del Hospital Clínico General Dr. Raúl Yazigi J., de la Fuerza Aérea de Chile, solicitando que se les indemnizen los perjuicios derivados del error de diagnóstico en que incurrió personal dependiente del demandado en la atención prestada al hijo de la actora el 6 de agosto de 2014, que se tradujo, unos días después, en la pérdida del testículo izquierdo del menor como consecuencia de una "Torsión testicular". Añade que tales hechos causaron a ella y a su hijo perjuicios de orden moral y patrimonial, motivo por el



que solicita que se condene al demandado a pagar a su parte, a título de indemnización de perjuicios, la suma de \$110.119.000, más reajustes, intereses y costas.

2°.- Al contestar el demandado pidió el rechazo de la acción intentada y, en subsidio, solicitó una reducción sustancial del monto de la indemnización, arguyendo, en lo sustancial, que en la especie no se verificó la falta de servicio que le atribuye la parte actora, toda vez que las atenciones brindadas por su personal al hijo de la demandante lo fueron con estricto apego a la *lex artis*, pues se emplearon todos los elementos humanos y materiales que procedían de acuerdo al motivo de consulta, destacando que en la consulta del 6 de agosto, una vez descartada la ocurrencia de una torsión testicular, se concluyó que presentaba epididimitis e hidrocele moderado, cuadro que fue tratado con anti inflamatorios y reposo, mientras que la segunda consulta fue distinta, pues en ella se observó una torsión testicular, motivo que, sumado a la demora en concurrir al Servicio de Urgencia, derivó en la extirpación del testículo izquierdo del menor.

Aduce, además, que no existe relación causal entre la actuación de su parte y los daños demandados y alega, por último, que la demanda no precisa el daño emergente que reclama.



3°.- Esta Corte ha señalado reiteradamente que la falta de servicio "se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del Servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, conforme lo dispone expresamente el artículo 42 de la Ley N° 18.575" (Corte Suprema, Rol 9554-2012, 10 de junio de 2013, considerando undécimo).

4°.- Al tenor de lo sostenido por las partes en la etapa de discusión el buen funcionamiento del servicio en el Hospital Clínico de la Fuerza Aérea implicaba, en este caso, que sus funcionarios realizaran las gestiones y actuaciones necesarias para lograr un correcto y oportuno diagnóstico del padecimiento que sufría el hijo de la actora en la primera atención que se le dispensó, esto es, aquella acaecida el 6 de agosto de 2014, disponiendo lo necesario para ese fin, en especial, la realización de los exámenes pertinentes y demás medidas idóneas, efectivas y útiles para el logro de dicho objetivo.

En este sentido cabe consignar que la parte demandante aparejó a los autos el denominado "Protocolo de Referencia y Contrarreferencia en escroto agudo en la Red de Urgencia Pediátrica", del que surge, según sostuvo su defensa en



estrados, que ante el diagnóstico de epididimitis formulado con ocasión de la atención del 6 de agosto de 2014, necesariamente se debió practicar, además de la ecografía llevada a cabo, un examen de orina que permitiera confirmar dicho dictamen, análisis, que, sin embargo, no se verificó.

En efecto, en dicho documento se aborda el diagnóstico y tratamiento de la dolencia denominada "Escroto agudo" en sus diversas variantes, entre las que se incluye la epididimitis y la torsión del cordón espermático, y se destaca en la sección "Exámenes" la necesidad de realizar dos tipos de éstos en la etapa de "Estudio", que corresponden a la "Ecotomografía testicular con doppler color" y al "Examen de orina", el que debe ser llevado a cabo en caso de "sospecha de epididimitis".

5°.- A lo expuesto se debe añadir que constituye un hecho de la causa, pues así quedó asentado en la sentencia de primer grado y, además, las partes no han controvertido su efectividad, que en la atención prestada al hijo de la actora el 6 de agosto de 2014 en el Servicio de Urgencia del Hospital Fach éste fue sometido, únicamente, al examen físico de rigor y, además, a una ecotomografía testicular, sin que en esa ocasión se haya llevado a cabo un examen de orina, con el objeto de confirmar el diagnóstico de epididimitis sostenido por la médico tratante.



6°.- En el aludido contexto, esto es, habiéndose formulado como hipótesis diagnóstica que el menor de que se trata se hallaba aquejado por una epididimitis y, practicada una ecotomografía testicular por orden de la pediatra tratante, salta a la vista que, como se establece en el protocolo citado más arriba, resultaba aconsejable e, incluso, indispensable adoptar las medidas eficaces para determinar con certeza la naturaleza y características precisas de su condición, entre las que se debía incluir la realización de un examen de orina que permitiera confirmar o descartar, en su caso, el señalado dictamen, sin que sea admisible que, por descuido, falta de previsión o simple negligencia de su personal responsable, dicho paciente no haya sido sometido a tal análisis, omisión que implica un mal funcionamiento del Hospital Clínico de la Fuerza Aérea de Chile, configurándose así una falta de servicio en los términos del artículo 38 de la Ley N° 19.966.

En otras palabras, G. A. B. C. fue dado de alta el 6 de agosto del hospital demandado y enviado a su casa con las indicaciones necesarias para tratar una epididimitis, pese a que la diagnosis planteada a fin de determinar cuál era su estado de salud resultó incompleta, desde que no fue confirmada por los medios técnicos establecidos al efecto, consistentes en la realización de un examen de orina específico con tal fin.



7°.- Los antecedentes referidos en lo que antecede demuestran con nitidez que el demandado incumplió los parámetros exigibles en la atención del mencionado paciente, puesto que, en lugar de adoptar las medidas necesarias para ello y de seguir los procedimientos adecuados, los profesionales que intervinieron en su atención efectuaron un errado diagnóstico acerca de su estado de salud, concluyendo que sólo presentaba una epididimitis, cuadro conforme al cual procedieron.

Sin embargo, y como quedó en evidencia unos días después, dicha diagnosis resultó ser errónea y, por consiguiente, el tratamiento prescrito tampoco demostró ser el adecuado, equivocación que, como salta a la vista, permitió que su cuadro de base continuara evolucionando y agudizándose, hasta el punto de que el día 12 de agosto siguiente, esto es, seis días más tarde, su testículo izquierdo fue extirpado debido a la presencia de una torsión testicular.

8°.- Así las cosas aparece con manifiesta claridad que en la realización de la actuación materia de autos, esto es, en el otorgamiento de las prestaciones de salud dadas a G. A. B. C. el 6 de agosto de 2014, el demandado incurrió en la falta de servicio que se le reprocha, puesto que el proceder del equipo médico que intervino con ocasión del quehacer que le es propio y que resulta ser consustancial a



su labor, debe ser calificado de imperfecto, negligente e inoportuno, pues en su desempeño faltó a la *lex artis* que rige su actuación.

9°.- En este punto resulta conveniente poner de relieve que el "Protocolo de Referencia y Contrarreferencia en escroto agudo en la Red de Urgencia Pediátrica" aludido en lo que precede, que habría sido revisado en junio de 2013 y en diciembre de 2017, resulta plenamente aplicable a los hechos materia de autos.

En efecto, y tal como lo ha sostenido esta Corte con anterioridad (verbi gracia, en la sentencia dictada en autos rol N° Rol N° 19.284-2018), más allá de la fecha de inicio de su vigencia, un documento como el descrito refleja la *lex artis* existente al momento de su confección, misma que, como resulta evidente, no ha surgido de la nada en ese momento, sino que es el resultado de la evolución sufrida por la ciencia médica y da cuenta, por consiguiente, de un estado de cosas surgido de la investigación llevada a cabo en este ámbito, así como de la continua mejora de los conocimientos y técnicas existentes. En otras palabras, el "Protocolo" no hace más que recoger y formalizar la práctica, experiencia y técnica vigentes en un cierto momento, otorgándoles valor como criterios explícitos que han de guiar la actuación de los



profesionales de la salud, en este caso, de aquellos que se desempeñan en el área de urgencia infantil.

Por consiguiente, es posible afirmar que dicho protocolo constituye un verdadero repositorio de buenas prácticas, desarrolladas con el paso del tiempo y perfeccionadas con el constante ejercicio de esta área de la Medicina y que, por lo mismo, su contenido refleja criterios y prácticas que, en los hechos, ya eran utilizados a la fecha de confección de ese documento y que, dado el carácter altamente especializado de las distintas ramas de dicha profesión, se deben entender conocidos por quienes la practican, al menos en un tiempo anterior y cercano a los hechos de que se trata.

10°.- En este sentido no es posible soslayar que la primera atención de urgencia de que se trata ocurrió el 6 de agosto de 2014, mientras que la primera "Fecha de Revisión" del antecedente en comento data de junio de 2013, esto es, de un año antes de acontecida aquélla, mientras que la segunda es de diciembre de 2017, vale decir, posterior en tres años a los hechos de que se trata. Lo expuesto demuestra que las directrices y procedimientos contenidos en el protocolo eran conocidos desde mucho tiempo antes de que acaecieran los eventos materia de autos, sin perjuicio de que fueran objeto de revisión en



fecha posterior, de modo que existían y eran aplicados, al menos, desde junio de 2013.

Dicha conclusión se ve reforzada si se considera que del texto del "Protocolo" tantas veces mencionado aparece que éste emplea como referencia bibliográfica un texto académico editado en el año 2009, de manera que su contenido refleja, igualmente, el estado de la ciencia a esa fecha, pues, tal como se dijo, recoge y formaliza el conocimiento ya existente.

11°.- Esclarecido lo anterior cabe dejar asentado que, no obstante haber resultado suficientemente acreditado que el demandado incurrió en la falta de servicio que se le atribuye, el mérito de los antecedentes aparejados al proceso no permite tener por demostrada la existencia de un vínculo causal entre dicha falta de servicio y la extirpación del testículo izquierdo del menor G. A. B. C., puesto que la prueba rendida no basta para comprobar que la pérdida de dicho órgano deriva, de manera directa y necesaria, de la actuación negligente del personal del Hospital demandado.

Empero, los mismos antecedentes demuestran de manera categórica que, si bien no es posible establecer dicho vínculo causal, el negligente proceder del equipo médico privó al paciente, sin duda alguna, de la oportunidad de luchar dignamente por no sufrir la anotada pérdida.



En efecto, los elementos de juicio descritos precedentemente demuestran con nitidez que la falta de un diagnóstico acertado, al momento en que el paciente consultó por su situación de salud el 6 de agosto de 2014, lo despojaron de la oportunidad de ser sometido a los tratamientos adecuados, pertinentes y oportunos en cuyo mérito podría haber, eventualmente, evitado la referida extirpación, puesto que, como resulta evidente, una condición que pudo ser corregida en la primera consulta efectuada en el Servicio de Urgencia del Hospital de la Fuerza Aérea, pudo continuar su desarrollo, de manera que seis días después, cuando se produjo la segunda consulta, se había agudizado a tal extremo que la única solución viable consistía en la intervención quirúrgica extirpatoria.

12°.- En esas condiciones se torna indispensable indagar en torno a la denominada indemnización por pérdida de chance u oportunidad, que ha sido definida en la doctrina extranjera diciendo que: *"la hipótesis es aquella de un interés en juego que se ha perdido, habiendo cometido el agente un hecho culposo. Pero no existe certeza que ese hecho culposo haya sido siquiera una condición sine qua non de la pérdida del interés, pues éste habría podido perfectamente desaparecer, por causas naturales, sin la culpa del agente. Resulta, entonces, que el interés en*



juego era aleatorio, que existían solamente oportunidades de obtenerlo" (Chabas, Francois: "Cien años de responsabilidad civil en Francia", Van Dieren Editeur, Paris 2004, pág. 76. Citado por Camilo Arancibia Hurtado, "Recepción de la pérdida de chance en Latinoamérica: el caso argentino", en "Actas del Congreso Internacional de Derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso", pág. 156).

También se ha dicho: *"Enseñaba Cazeaux que 'entre lo actual y lo futuro, lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, hay zonas limítrofes o zonas grises, como las llama la doctrina', y tal es el caso de la 'chance'. El mismo autor añadía: 'Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades"* (Félix Trigo Represas, "Pérdida de chance". Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008. Pág. 25).



13°.- Entre nosotros se ha sostenido que: *"La pérdida de una chance se encuentra entre estas últimas hipótesis (cuando no se sabe lo que habría ocurrido en el futuro de no haberse cometido el hecho ilícito), esto es, incide en la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Pero, a diferencia del daño eventual, en los casos de pérdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio, tal como ya se ha mencionado"*, destacando enseguida que se trata del caso de *"una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien 'aleatorio' que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etcétera). La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja"* (Mauricio Tapia Rodríguez, *"Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?"*, en *"Estudios de Derecho Civil VII"*. Jornadas



Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011. Fabián Elorriaga de Bonis (Coordinador). Legal Publishing Chile, pág. 650).

14°.- En este sentido se ha sostenido también que: *"Las chances por las chances no se indemnizan. Estas deben representar para el demandado la posibilidad de estar mejor. No es la privación de una chance en sí lo que la hace indemnizable, sino la concatenación de ésta a un resultado eventualmente más beneficioso para la víctima. Lo que se sanciona con la pérdida de chance no es el hecho de que la víctima no haya podido optar, elegir, escoger, decidir (un análisis como ese sería incompleto); antes bien, la pérdida de la chance se hace indemnizable sólo cuando las chances representan para la víctima de su privación una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente [...] En pocas palabras, no es el derecho a optar lo que se indemniza, sino el derecho a optar por algo mejor"* (Ignacio Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi. "Responsabilidad Civil por pérdida de la oportunidad". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, pág. 267).

15°.- Más aun, también se ha sostenido que: *"En cuanto a la pérdida de chance de supervivencia, Chabas ha dicho que, 'cuando el paciente pierde, por ejemplo, una chance de*



supervivencia, el perjuicio no es la muerte, es la eliminación de un simple potencial de chances..., la pérdida de una chance se caracteriza por el álea intrínseca al perjuicio; lo que estaba en juego aparecía afectado por un álea..., el álea está en la base; es un elemento constitutivo de lo que está en juego. El perjuicio, de hecho, no es la pérdida de la vida, sino la pérdida de las chances que le quedaban cuando el médico intervino' [...] El perjuicio no es la vida, sino la pérdida de la chance que le quedaba de continuar viviendo, cuando intervino el médico" (Félix Trigo Represas, op. cit. Pág. 191 y 192).

16°.- En las anotadas condiciones resulta evidente que el negligente proceder del equipo médico privó al paciente de que se trata, sin duda alguna, de la oportunidad de luchar por evitar la pérdida de uno de sus órganos reproductivos, pérdida cierta y real que obliga al demandado a indemnizar los perjuicios derivados de la misma.

17°.- Establecida de esta forma la concurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad demandada, se debe examinar a continuación si los actores han sufrido los perjuicios que demandan.

Al respecto es necesario destacar que en la especie no ha resultado debidamente acreditada la efectividad y el



monto del daño emergente demandado, motivo por el que no se hará lugar a la demanda en este extremo.

Por otro lado, para corroborar la existencia del daño moral reclamado, la parte actora rindió prueba testimonial, constituida por las declaraciones de María Estela Hernández Miranda, de Evelyn Villarreal Pérez de Arce y de María Teresa Ibarra González, quienes deponen a fs. 122, 125 y 127 y explican que, como consecuencia de la extirpación que sufrió su hijo, la demandante Verónica Patricia Cisterna Ferreira ha sufrido diversos malestares y pesares que han agravado su condición de salud previa, destacando que desde esa época ha padecido de una crisis continua, que la han visto llorar y que la condición de su hijo le causa preocupación y dolor, a la vez que expresan que han visto un cambio evidente en G. A. B. C., quien pasó de ser un joven normal a uno silencioso y cohibido tras la cirugía tantas veces citada.

Asimismo, es preciso subrayar que, dada su condición de personalmente afectado, el demandante G. A. B. C. ha debido padecer un sufrimiento y una angustia evidentes, pues la extirpación en comento no sólo se ha traducido en una afectación estética, sino que, además, ha provocado miedos e incertidumbres en torno a su futuro, llevándolo a cuestionarse y representarse situaciones que un adolescente como él, normalmente, no debería enfrentar, pues la pérdida



de una de sus glándulas genitales ha de causar temor, aprehensiones y dudas en torno a su futuro sexual y a su capacidad reproductora.

Finalmente, la actora Verónica Cisterna Ferreira, como madre de G. A. B. C., ha sufrido dolores propios de esa condición, esto es, de una progenitora que ve sufrir a un hijo y por quien no puede hacer más que acompañarlo, a lo que se une la angustia por el futuro de su hijo, tanto en lo sexual como en las posibilidades que tiene de ser, efectivamente, padre.

18°.- En estas condiciones, no cabe sino tener por debidamente comprobada la existencia del daño moral materia de autos, máxime si el demandado no rindió probanza alguna destinada a descartar su efectividad.

Así las cosas, y no existiendo antecedente alguno que ponga en entredicho la afirmación contenida en el párrafo que antecede, forzoso es concluir que los demandantes han sufrido un perjuicio moral o extrapatrimonial que, si bien no puede ser traducido en una suma de dinero, obliga a quien lo causó a repararlo, al menos parcialmente, mediante la satisfacción de una indemnización que aligere en algo los padecimientos y el dolor que han debido enfrentar.

19°.- En lo que atañe a la regulación del monto de la indemnización a cuyo pago será condenado el demandado, cabe destacar que, como se ha dicho, la "*doctrina en este*



sentido es unánime. La oportunidad es lo que se debe indemnizar, y no lo que estaba en juego. Si es que se debe reparar la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, '(...) el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiera realmente matado al enfermo'. Por eso se ha dicho que la indemnización o el valor es parcial, pues nunca debe ser igual a la ventaja esperada o a la pérdida sufrida" (Ríos Erazo y Silva Goñi, op. cit. Pág. 268).

20°.- Entendidas así las cosas, estos sentenciadores han llegado al convencimiento de que, como consecuencia de la falta de servicio en que incurrió el demandado, G. A. B. C. no se vio privado de uno de sus testículos sino que de la oportunidad de luchar dignamente por evitar que dicha pérdida acaeciera, contexto en el que, además, tienen en especial consideración las circunstancias en que ocurrieron los hechos, particularmente gravosas dada su juventud.

Tales antecedentes llevan a esta Corte a regular el monto de la indemnización que el demandado deberá pagar en una suma considerablemente inferior a la solicitada por los actores, pues se estima que no resulta posible avaluar la pérdida establecida en el mismo monto en que lo sería de haberse establecido la existencia de un vínculo causal directo y necesario entre la falta de servicio que se tuvo



por probada y la extirpación a que se vio sometido el demandante G. A. B. C.

En consecuencia, considerando que el de autos es un daño moral y haciendo uso de las atribuciones que son propias de estos falladores, se establece prudencialmente su monto en la cantidad de \$30.000.000 respecto de G. A. B. C. y en la suma de \$10.000.000 en relación a su madre, Verónica Patricia Cisterna Ferreira.

Por estas consideraciones y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara que se **revoca** la sentencia de dieciocho de enero de dos mil dieciocho, escrita a fojas 176, y, en su lugar, **se acoge** la demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio deducida en lo principal del libelo de fojas 1 por Verónica Patricia Cisterna Ferreira, por sí y en representación de su hijo menor de edad G. A. B. C., **sólo en cuanto** se condena al Hospital Clínico General Dr. Raúl Yazigi J., de la Fuerza Aérea de Chile, a pagar a la actora Verónica Patricia Cisterna Ferreira la suma de \$10.000.000 (diez millones de pesos) y al demandante G. A. B. C. la cantidad de \$30.000.000 (treinta millones de pesos), por concepto de daño moral.

Se **confirma** en lo demás apelado el referido fallo.



Se **previene** que el Ministro Sr. Muñoz y la Ministra Sra. Sandoval, si bien concurren a la decisión de acoger la demanda y condenar al demandado a indemnizar el daño moral causado a los actores, fueron de parecer de regular el monto de dicho resarcimiento en la suma de \$10.000.000 respecto de G. A. B. C. y en la de \$5.000.000 en relación a su madre, Verónica Patricia Cisterna Ferreira, pues, a su juicio, dichas cantidades compensan suficientemente el perjuicio que el hospital demandado les provocó.

Se **previene** que el Ministro Sr. Muñoz no comparte los fundamentos undécimo a décimo quinto, sosteniendo la responsabilidad demandada en la falta de servicio que se ha tenido por establecida en el motivo octavo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Sandoval.

Rol N° 11.523-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sra. Ángela Vivanco M., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica.





PRHRPZYEKE

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a quince de junio de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

