

Así, en el considerando antes citado se destaca que "la Corte Suprema al referirse a la falta de servicio (...), como es lo demandado en este caso, en diversas ocasiones, especialmente en demandas por falta de una oportuna atención médica, ha razonado sobre la teoría de que existiría falta de servicio precisamente cuando se pierde una chance, pérdida que se hace indemnizable solo cuando esa chance representa para la víctima de su privación una probabilidad de quedar en mejores condiciones, como cuando un paciente aún en el caso de ser atendido hubiera fallecido igual, pero tuvo la oportunidad de haber sobrevivido (...)".

Por otro lado, la Corte de Apelaciones trae a colación, en su considerando noveno, el estatuto especial de responsabilidad extracontractual del artículo 5° de la Ley N° 19.640, que recae en el Ministerio Público, al disponer que "el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público". En este caso, el tribunal de alzada entiende que "las expresiones usadas por el legislador para establecer la responsabilidad del Ministerio Público —"conductas injustificadamente erróneas"— son similares a las consignadas en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Carta Fundamental respecto de la responsabilidad por error judicial debiendo entenderse, además, que el término conductas envuelve tanto las acciones como las omisiones de parte del este persecutor".

De todas formas, la decisión no fue pacífica, pues cuenta la sentencia con un voto disidente, que consideró que los organismos cuestionados fueron diligentes en su actuar y que tampoco se configuró el daño. De aquí que la sentencia todavía pueda ser modificada por la Corte Suprema, pues no está firme.

Expuesto lo anterior, y en nuestra opinión, en la perspectiva del daño indemnizable el problema puede proyectarse desde distintos ángulos, lo que por cierto complejiza lograr una mirada unánime del fondo, pues toca puntos sensibles en esta materia: el recurso a la pérdida de una chance y la valoración del daño moral.

En cuanto a la pérdida de una chance, una de las lecturas que se le ha dado a la figura implica situarla en clave de causalidad y, en particular, respecto de contingencias en que si bien el daño es causalmente incierto, es posible determinar el porcentaje que cabe a la negligencia demostrada en el agravio en definitiva producido; en otras palabras, el argumento surge como una vía para indemnizar proporcionalmente el daño provocado por una situación de negligencia manifiesta, en circunstancias en que la relación de causalidad es controvertida (Cf. Vázquez Contreras y otros c/ Hospital Carlos Van Buren, CS, 3 dic. 2015, Rol 29.365-2014). Asumirlo implica, en consecuencia, conceder a la víctima una indemnización con un *quantum* menor al que hubiese recibido de probarse una causalidad cierta y directa, pues debe atender a la magnitud porcentual que ha revestido la negligencia en el desenlace final (lo que, por cierto, no se aclara expresamente en la sentencia).

Nos parece que, al tratarse de una situación fuera del ámbito de la responsabilidad médica, se dificulta más todavía al juzgador la valoración de dichas probabilidades, aquello por las siguientes razones: por una parte, la negligencia cometida no proviene de quien habría sido el responsable de la muerte sino que de la PDI y del Ministerio Público; por otra, se habla del incremento del dolor como daño resarcible, en atención a que no se esclarecieron los hechos. Debemos advertir que optar por esta vía lleva aparejadas dos consecuencias: primero, el riesgo de abrir una puerta de indemnizaciones cada vez que un delito no pueda resolverse, lo que no será siempre lo óptimo; y, segundo, proyectar el análisis de la figura en clave de daño, no de causalidad.

La sentencia razona con base en esta última aproximación, asumiendo que se trata de un daño distinto, cuya valoración debe ser separada del dolor provocado por la muerte de la hija (que tiene causante desconocido). Esto es así porque en ningún caso podría señalarse como causa directa el supuesto actuar negligente de los organismos en cuestión con dicho daño. En definitiva, se trataría de un daño autónomo, porque se vincula la negligencia con el resultado de la investigación fuente de dolor en el padre de la fallecida. En síntesis, se configura una especial partida de daño moral, la cual se aborda pretorianamente bajo el epígrafe de la pérdida de chance. Más allá, el tribunal no se pronuncia sobre eventuales consecuencias patrimoniales del agravio: gastos incurridos en viajes, lucro cesante, etc.

En cuanto a la prudencialidad en la valoración del daño moral, aunque no se señale expresamente, y dando por sentada la negligencia (aunque es un punto que admite debate aún), lo que se ordena indemnizar es el daño moral, el cual, como sabemos, exige una valoración prudencial de parte del tribunal, que en principio no debería alejarse de una órbita reparadora o satisfactiva. Con todo, percibimos que el juzgador recurre a criterios que son más bien punitivos, lo que queda demostrado tanto en las herramientas jurídicas utilizadas como a la hora de fijar el *quantum*. De hecho, se da a entender en su fallo que lo relevante es sancionar civilmente la negligencia en la aplicación del artículo 5° de la Ley N° 19.640. A su turno, aumenta el monto de la indemnización en el doble de lo resuelto por el tribunal de primera instancia.

La pregunta que cabe plantearse es si la circunstancia de ser extranjero el padre de la fallecida, o del recurso a un traductor, significan o no un incremento de daño moral *per se*, y, si ello es posible, si dicho incremento es equiparable al doble de lo condenado por el tribunal *a quo*. Desde otra perspectiva, ¿debe ser entendido que si el padre de la fallecida hubiera sido chileno el monto indemnizatorio tendría que ser menor? Al parecer es esto lo que estima la Corte de Apelaciones, pues en el considerando décimo tercero establece: "Que, por las razones precedentemente expresadas así como las contenidas en la sentencia recurrida, es que se considera que siendo las conductas de ambos organismos públicos graves, que aumentan el dolor de una persona que pierde a su hija en las circunstancias ya descritas, que encima de lo anterior proviene de un país extranjero, que no habla la lengua en que se llevan adelante el juicio, añadiendo dificultades que no pueden ser borradas con la asistencia de un traductor, es que la suma a indemnizar deberá ser doblada por estimarse más condigna con los hechos que motivan esta causa".

El problema que denota la sentencia se vincula, una vez más, con la excesiva prudencialidad en la fijación de montos indemnizatorios en clave de daño moral. Aquello, creemos, podría moderarse si terminamos por reconocer que el juez recurre a criterios punitivos para establecerlo. Esto nos invitaría a conducir el análisis al campo de las funciones de la responsabilidad, y con ello, a tratar el instituto resarcitorio desde perspectivas más realistas y transparentes.

* Pamela Mendoza Alonso es profesora de Derecho Civil y directora de la Escuela de Derecho de la Universidad de la Frontera y Renzo Munita Marambio es profesor de Derecho Civil y miembro del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la U. del Desarrollo.

Análisis jurídico

Clases de ética: ahora es institucional

Pablo Fuenzalida

"...Uno de los hallazgos interesantes del reportaje (de la revista El Mercurio Legal) consiste en los diferentes enfoques propuestos por sus entrevistados. Me parece que es posible identificar una tipología preliminar de modelos de enseñanza: como especie de una tradición ética de carácter general, como otra rama del derecho o como un espacio de reflexión empírica y crítica acerca del poder y las desigualdades que subyacen al ejercicio profesional..."

Comente

Sobre el impacto de la modernización del derecho de los contratos: cómo ha influido esta tendencia en nuestros tribunales?

María Fernanda Vázquez

"...Recoger estas tendencias constituye claramente un acierto en la medida que nuestros máximos tribunales han comenzado a modernizar el derecho de los contratos sin esperar una reforma legislativa en la materia. Lo único que extrañamos es una referencia expresa a estos u otros principios como fundamento de tal razonamiento y no solo remitirse a la opinión doctrinal o jurisprudencial..."

Comente

El amparo económico: la revitalización de un recurso

Julio Alvear

"...Parece diluirse, al menos como tendencia predominante, la postura restrictiva que desde el año 2009 venía limitando esta acción solo al inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política. Los argumentos que sustentan ambas posturas son conocidos: los que apelan a la historia fidedigna de la ley (la N°18.971), los que invocan su letra, los que resaltan su finalidad, entre otros..."

Comente

El traje del emperador: judicialización de las alzas del plan de Isapre

José Miguel Aldunate

"...¿Cómo pueden los tribunales afirmar que determinada alza no está justificada si, atendida la ingente cantidad de causas, resulta absolutamente imposible revisar el detalle de cada una de ellas? ¿No querrán decirnos que, en realidad, ningún alza está justificada? Pero entonces, ¿por qué necesitamos un trámite judicial para declararlo?..."

Comente

La suerte de un embargo trabado en bienes comunes después de disuelta la sociedad conyugal por divorcio del deudor

María Sara Rodríguez

"...La tercería de posesión que pretende que se libere del embargo la cuota-parte que corresponde a la mujer en los derechos comunes debería acogerse. Disuelta la sociedad conyugal por divorcio el marido responde con sus bienes de las obligaciones sociales (...) Esto no impide que posteriormente el deudor demande a la mujer para que contribuya a dicha deuda..."

Comente

Ver más

Comentarios Recientes

hugo ibarra sandoval

Se les dijo desde un principio a los demandantes, que estos recursos de protección solo persiguen beneficiar, solo a los abogados y líderes del NO+AFP, ya que el decreto de ley 3500 indica...

Corte de La Serena rechaza recurso por negativa de AFP a permitir retiro de fondos de cotizante · 2 días

Benito Espinoza

La corresponsabilidad parental no tiene una aplicación concreta respecto a tener fuerza prescriptiva, pues es un principio, por ende, es difícil probar cuando esto no se da y qué consecuencias...

El cuidado compartido: entre lo material y lo funcional · 4 días

María Rodríguez

Buenas tardes señor Lepe. Muchas gracias por la referencia que me indica: voy a examinar el fallo. Me interesa mucho la protección en la indivisión que resulta al disolverse la sociedad conyugal.

La suerte de un embargo trabado en bienes comunes después de disuelta la sociedad conyugal por divorcio del deudor · 4 días

Samuel Buzeta

La mejor de las suertes para estos dos grandes abogados y su nuevo equipo!!! Schenke + Brancoli: nuevo estudio con foco en litigio, arbitraje y negociaciones · 1 semana

Gonzalo Lepe

Felicitaciones por su columna profesora, es un agrado leerla, siempre constituyen un aporte al ejercicio profesional y resultan particularmente iluminadoras, respecto de materias en donde los...

La suerte de un embargo trabado en bienes comunes después de disuelta la sociedad conyugal por divorcio del deudor · 1 semana

Más Comentados

Schenke + Brancoli: nuevo estudio con foco en litigio, arbitraje y negociaciones

1 comentario · 1 semana atrás

La suerte de un embargo trabado en bienes comunes después de disuelta la sociedad conyugal por divorcio del deudor

2 comentarios · 4 días atrás

Ranking de Comentadores

Rafael Vargas

· 36 comentarios

Francisco Balart

· 34 comentarios

Mario Herrera

· 34 comentarios

Francisco Castillo

· 32 comentarios

Rafael Gomez

· 30 comentarios