



## Daño Moral y Prescripción por cambio de recién nacidos descubierto 24 años después de ocurrido.

POR: JORGE PAREDES | ABOGADO | AGOSTO 2021

**Tribunales acogen demanda de indemnización de perjuicios en contra de un Servicio de Salud producto del daño moral alegado como consecuencia del cambio de recién nacido.**

**En el mes de enero de 1993** se produjo un inusual número de nacimientos en la maternidad de un Servicio de Salud de Aysén. Si bien a esa fecha el promedio era de tres nacimientos al mes, en esa ocasión se produjeron 12 nacimientos, lo que dio lugar a un colapso en el funcionamiento de la maternidad. Lo anterior, unido a la prohibición de asistencia al parto por parte de los padres, la falta de una política de apego materno y la inexistencia de protocolos de seguridad respecto del procedimiento de identificación de recién nacidos, generó una situación de intercambio de recién nacidos y la entrega equivocada a sus padres. De este modo el recién nacido de nombre Carlos (nombre ficticio) fue entregado al grupo familiar UNO, no obstante ser hijo biológico del grupo familiar DOS. Por su parte Andrés (nombre ficticio), nacido al interior del grupo familiar UNO, fue entregado erróneamente al grupo familiar DOS.

**A partir de febrero de 2017**, esto es, 24 años después, y producto de las burlas proferidas en contra del padre del grupo familiar UNO, éste decidió someterse a un examen de paternidad (ADN), resultando negativo respecto de su hijo Carlos. Posteriormente la madre del mismo grupo familiar también se sometió a dicho examen, resultando igualmente negativo respecto del hijo criado por dicho grupo familiar.

**En diciembre de 2017** el grupo familiar DOS se enteró de la situación de que afectaba al grupo familiar UNO, decidiendo la madre someterse a un examen de maternidad en base al análisis de su ADN. Dicho examen dio un resultado negativo. Posteriormente los hijos criados en ambos grupos familiares se realizaron un examen de ADN confirmándose que en realidad Carlos no era hijo biológico del grupo familiar UNO, sino que del grupo familiar DOS. Por su parte, Andrés se sometió igualmente a un examen de ADN confirmándose que era hijo biológico del grupo familiar UNO.

### ESCENARIO JUDICIAL

Luego de aclarados los parentescos mediante exámenes de ADN, y establecida la efectividad del cambio de recién nacidos en enero de 1993, ambos grupos familiares de manera conjunta

interpusieron una demanda civil de indemnización de perjuicios en contra del Servicio de Salud respectivo y del Hospital Regional en cuyo servicio de maternidad se produjo el cambio de recién nacidos, la que fue notificada en marzo de 2019. En la demanda indemnizatoria por daño moral accionaron las siguientes personas:

**Respecto del grupo familiar UNO**, demandaron la madre y el padre, cada uno de ellos por \$300.000.000; un hijo biológico, por \$100.000.000, y el hijo de “crianza”, que en realidad era hijo del grupo familiar DOS, por \$300.000.000, conformando un monto total de \$1.000.000.000 por concepto de daño moral.

**Respecto del grupo familiar DOS**, demandó daño moral la madre, por \$300.000.000; dos hijos biológicos, por \$100.000.000 cada uno de ellos, y el hijo de “crianza”, por \$300.000.000, originando un total de \$800.000.000. En este grupo no demandó el padre biológico.

La acción se fundó en la vulneración del derecho a la identidad personal y dignidad humana de los demandantes, toda vez que éste implica que toda persona humana pueda ser ella misma y no otra, lo que constituye un derecho personalísimo inherente a toda persona. Igualmente, se alegó la falta de servicio en la que incurrió el Servicio de Salud y el Hospital Regional.

La defensa alegó en primer término la prescripción de la acción, toda vez que para el caso en concreto la regla a aplicar es la del plazo de 4 años desde la “perpetración” del acto, razón por la cual no podía prosperar una acción judicial notificada luego de 26 años de ocurridos los hechos. Adicionalmente se alegó la necesidad de acreditar la supuesta falta de servicio. Por último, se controvertió la naturaleza jurídica del supuesto daño y el monto de la indemnización solicitada.

**En mayo de 2020, el tribunal civil acogió la demanda**, condenando solidariamente al Servicio de Salud y Hospital Regional a una indemnización de \$180.000.000 para cada madre y el padre demandante del grupo familia UNO; \$70.000.000 para cada uno de los hermanos demandantes de ambos grupos, esto, es tres en total; y para cada hijo cambiado al nacer, la suma de \$200.000.000. Lo anterior, generando un monto total de condena de \$1.150.000.000

Como era de esperar, tanto los demandantes como los demandados dedujeron recursos contra la sentencia de primera instancia, pero la misma fue confirmada tanto por la Corte de Apelaciones de Santiago, en enero de 2021, como por la Corte Suprema, en julio de 2021.

## ASPECTOS RELEVANTES PARA EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA CRAWFORD - GRAHAM MILLER

### Prescripción de las Acciones

En este caso se presenta de manera clara la tensión que surge entre el principio de la seguridad jurídica versus el derecho al ejercicio efectivo de la acción indemnizatoria tan pronto se conocen los hechos y el daño generado.

En efecto, la demanda de indemnización de perjuicios se notificó 26 años después de ocurrido el cambio material de los recién nacidos. En razón de ello, los demandados opusieron la

excepción de prescripción, contando el plazo de la misma desde el día en que ocurrió el cambio de los recién nacidos.

No obstante las alegaciones de la defensa planteadas en tal sentido, el tribunal de la instancia acogió la alegación de los demandantes en cuanto a que la prescripción correspondía a una sanción que ha de aplicarse al sujeto procesal que no actúa como un “*buen padre de familia*”, esto es, aquella persona que no realiza las acciones necesarias y normales para conservar su patrimonio.

En este sentido el Tribunal de la instancia señaló que “... *no es atendible la alegación de la demandada de que el plazo de 4 años para interponer la acción indemnizatoria de autos, se cuenta desde el 07 de enero de 1993, toda vez que si bien, como se ha dicho, ocurrieron los hechos por los cuales se ha demandado, a esa data, dichas circunstancias no se encontraban en la esfera del conocimiento de los actores, esto es, los hechos respecto de los cuales podía conocer y decidir ejercer derechos conforme lo estimare del caso, como ha ocurrido en la especie, por lo que se rechazará la excepción de prescripción*”.

Concordando con lo señalado, la sentencia de la Corte de Apelaciones sostiene que “...*corresponde al Juez, fijar cuándo comienza a contarse el plazo de prescripción, considerando los hechos asentados relativos a las fechas que inciden en el cómputo, estimándose, en virtud de los aspectos reseñados en los motivos que preceden, que este punto de partida debe coincidir con la fecha en la cual el titular del derecho se encuentra en la posibilidad de actuar en forma eficaz pues, de lo contrario, se estaría sancionando a un litigante por haber sido negligente en el ejercicio de los derechos cuya titularidad ignoraba y cuyos fundamentos fácticos desconocía. Que, por lo demás, esta interpretación se aviene a un modelo para fijar la partida de la prescripción extintiva, más acorde con la evolución de los tiempos que contrasta con la época de la codificación, que lo situaba de manera coincidente con la exigibilidad de la obligación, pues como se ha sostenido por la doctrina “**el tiempo de los juristas no escapa, al igual que el de los físicos, al gran principio de la relatividad**”.*

En resumen, lo relevante para el caso en concreto dice relación con el hecho que el plazo de prescripción de las acciones ha de contarse desde que la acción se encuentra disponible para la víctima, lo que implica necesariamente que el daño será siempre el elemento que determinará el momento en que se consuma la perpetración del ilícito civil y la obligación indemnizatoria, sin que se pueda aplicar, como limitación el plazo máximo de prescripción extraordinaria de 10 años desde la comisión del hecho.

### **Daño Moral alegado**

En este caso los demandantes alegaron un daño moral fundado en la vulneración del derecho a la identidad personal y la dignidad humana, toda vez que ello implica que una persona pueda ser ella misma y no otra, lo que constituye a su vez un derecho personalísimo, inherente a toda persona. Adicionalmente sostuvieron que los hechos imputados a los demandados les privó de la “*chance*” o posibilidad de disfrutar de una vida plena al lado de quien legítimamente debió ser su padre, madre y hermano.

En resumen, se plantea una dualidad de daño moral alegado, abarcando tanto *pretium doloris* como pérdida de chance. En este sentido la Corte de Apelaciones sostuvo que “... para dilucidar la procedencia de esta pretensión indemnizatoria, cabe precisar, en primer término, que ha sido planteado en términos genéricos, utilizando expresiones como **“la pérdida de oportunidades de la vida”** o “la evidente imposibilidad absoluta de poder o haber podido, disfrutar una vida plena con quienes debieron ser sus padres, hermanos o hijos.” y, en segundo lugar, que siendo este concepto o categoría de “pérdida de la oportunidad”, una creación doctrinaria, su aplicación no es unánimemente aceptada. No obstante lo anterior, continúa la Corte “... ha sido paulatinamente considerada por nuestro máximo Tribunal, en particular, en las sentencias que resuelven juicios indemnizatorios producto del terremoto y posterior maremoto de Febrero del año 2010, en contra del Fisco de Chile, por la eventual falta de servicio que habría incidido en la muerte de las víctimas, su naturaleza, límites y aplicación sigue siendo discutida”.

De este modo la Corte de Apelaciones establece que si bien puede considerarse la pérdida de chance como una categoría de daño autónoma, en la especie no existen antecedentes probatorios allegados por los demandantes que permitan concebirlo de esa manera. Por el contrario, todo el despliegue probatorio de la parte demandante apuntó a concebir a ese tipo de daño como “*subsumido*” o “*comprendido*” en el daño moral pretendido por los demandantes y concedido por el tribunal de la instancia.

Así pues, para este caso se reconoce por los Tribunales la existencia de una categoría particular de daño, independiente de la noción tradicional del daño moral asimilada al precio del dolor (“*pretium doloris*”), pero que debe ser probada por la parte demandante.