

LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE LA CHANCE EN EL HORIZONTE COMPARADO

THE LOSS OF CHANCE DOCTRINE IN THE COMPARATIVE LAW HORIZON

Cárdenas, Hugo*

RESUMEN

La pérdida de la chance es una teoría jurídica que genera auténtica fascinación y que, en los últimos años, está siendo recibida por varias jurisdicciones, al tiempo que está siendo discutida en otras que la habían recibido en el pasado. Sin embargo, la popularidad de esta noción contrasta con la falta de claridad que existe tanto sobre su ámbito de aplicación como sobre su régimen jurídico, lo que ha generado una jurisprudencia que luce un tanto descontrolada. En este contexto, este trabajo se ha puesto como objetivo hacer un análisis comparado de la forma en que la teoría de la pérdida de la chance es comprendida y aplicada por algunas de las jurisdicciones más influyentes de la tradición del *common law* y del *civil law*. Y pese a la disparidad de planteamientos que se observan en el horizonte comparado, se identifican las reglas sobre las que parece haber acuerdo; así como la solución alternativa que se ha utilizado en las jurisdicciones que han rechazado la teoría.

215

PALABRAS CLAVE: responsabilidad extracontractual, causalidad, pérdida de la chance

ABSTRACT

The legal theory of loss of opportunity generates genuine fascination. While it has been accepted by several jurisdictions in recent years, it is still being debated in others that had previously accepted it. However, this notion's popularity contrasts with the lack of clarity regarding its scope of application and legal regime, which has led to somewhat uncontrolled case law. Against this backdrop,

* Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor asociado Departamento de Derecho Privado Universidad de Chile. Correo electrónico: hcardenas@derecho.uchile.cl

the present paper seeks to offer a comparative analysis of how the loss of opportunity theory is perceived and implemented in some of the most significant jurisdictions within the common law and civil law traditions. Despite the disparity of approaches observed in the comparative landscape, this paper identifies the rules on which there seems to be agreement, as well as the alternative solution that has been adopted by jurisdictions that have rejected the theory.

KEYWORDS: torts, causation, loss of chance doctrine

INTRODUCCIÓN

Aunque bajo la etiqueta “pérdida de la chance” se pueden encontrar diversas formulaciones teóricas¹, el planteamiento básico de todas ellas podría sintetizarse de la siguiente manera: cuando no es posible acreditar el nexo de causalidad entre la acción u omisión negligente de un agente y el daño sufrido por otro, pero existe una probabilidad seria de que el daño no se hubiese producido de haberse observado la conducta debida, puede considerarse que dicha conducta privó al agente de una oportunidad de obtener un beneficio (o evitar una pérdida) que debe ser indemnizada².

Al respecto, conviene partir por advertir que, si bien las primeras aplicaciones de la TPCh se verificaron hace más de cien años con ocasión de la reclamación de indemnización por daños patrimoniales vinculados, con el incumplimiento de contratos (frustración de ganancias) o la exclusión de concursos; el uso de la teoría se ha intensificado en los últimos años, con ocasión de la reclamación de indemnizaciones por daños corporales vinculados con la *malpraxis* médica³. Y, aunque el punto no lo discutiremos en este trabajo, nos parece que el ajuste que se le hizo a la teoría para ampliar su ámbito de aplicación a los casos de daños corporales permite explicar por qué nos encontramos ante una teorización que todavía no ha logrado una formulación estándar, ni siquiera dentro de ordenamientos pertenecientes a una misma familia jurídica⁴.

¹ La teoría también es reconocida, en lengua castellana, bajo los nombres de pérdida de chances, pérdida de oportunidades y de oportunidad perdida. En lengua inglesa, se utilizan las expresiones *lost chance*, *loss of chances* y *lost opportunity*. En este trabajo se usarán de manera indistinta, todos estos nombres para referirla.

² Sin perjuicio de que no todas las jurisdicciones admiten la TPCh con la amplitud referida, un planteamiento de este tipo se puede ver en el clásico trabajo de CHABAS (1991), p. 131 y ss. De manera más reciente, en la tradición del *common law*, puede verse el trabajo de STEEL (2013), p. 260 y ss.

³ En el *civil law*, esta tendencia puede verificarse en: VINEY, JOURDAIN et CARVAL (2014), p. 135. Por su parte, en el *common law*, ya veremos como el asunto no es uniforme. Así, mientras que en algunas jurisdicciones, como la de U.K., la TPCh no se puede utilizar para resolver casos médicos; en otras, como las de algunos Estados de EE.UU., la TPCh es utilizada –exclusivamente– para resolver casos médicos. Véase AMERICAN LAW INSTITUTE (2010), pp. 356-357.

⁴ La pérdida de una chance ha tenido múltiples aproximaciones. Un buen análisis de las distintas aproximaciones puede verse en KING (1981), p. 353 y ss.

Sin perjuicio de lo anterior, en la actualidad el debate sobre la TPCh se encuentra en estado de ebullición⁵, a medio camino entre una explicación en torno a la calificación del daño; y otra, en torno a la forma en que se puede satisfacer el requisito de la causalidad en los juicios de daños⁶. Y, aunque son varias las razones que permitirían explicar el renovado interés por esta teoría, la paulatina toma de conciencia por parte de la cultura jurídica de que el conocimiento humano solo se puede expresar en términos de probabilidades⁷, es una de las que mejor permite entender el fenómeno. Todo parece indicar que la referida toma de conciencia abonó el sustrato para el florecimiento de una explicación que pretende darle valor (reconocer) a una forma de ocurrencia causal (grado de probabilidad), desconocida por el universo conceptual de las certezas en el que aún se mueve la cultura jurídica dominante⁸.

En Chile, la TPCh ha tenido un “éxito” sin precedente en la jurisprudencia reciente (especialmente en casos de mala práctica médica y de exclusión ilegítima de oferentes), pero su desarrollo y aplicación jurisprudencial está siendo, por decir lo menos, incoherente y descontrolada⁹. Con algunas valiosas excepciones¹⁰, la

⁵ Tan solo por poner algunos ejemplos recientes, han escrito sobre la TPCh en España: ASÚA (2008); MEDINA (2018a); MEDINA (2018b) y MARTIN-CASALS (2020); en Italia: FRENDA (2019) y CELOTTI (2020); en Francia: VITALE (2020) y MERAL (2024); en Alemania: MÄSCH (2004) y BOLKO (2013); en EE.UU.: SIMONS (2024) y GEISTFELD (2024); en U.K.: TURTON (2016) y OLIPHANT (2016); en Colombia: GIRALDO (2018); GÓMEZ (2023); y TAMAYO (2025); en Chile: RÍOS y SILVA (2014); BLÜMEL (2022) y CÁRDENAS (2024); en Brasil: PETEFFI (2013); y, en Argentina: SÁENZ (2013) y MÁRQUEZ (2014).

⁶ Entre los autores que proporcionan una explicación desde el daño puede verse: CHABAS (1996); KING (1998) y SILVA (2014); STEEL (2015) y VITALE (2020). Por su parte, entre los autores que proporcionan una explicación en sede causal pueden contarse: RHEE (2013), p. 39 y ss.; MEDINA (2018b), p. 89; CÁRDENAS (2019), p. 399 y ss.; CELOTTI (2020), p. 186 y ss. y MARTIN-CASALS (2020), p. 250 y ss. Respecto del debate daño vs. causa, resulta en especial interesante la discusión que se dio a propósito de la reforma de la responsabilidad en Bélgica puesto que, a través del art. 6.23, se incorporó la noción de responsabilidad proporcional para todos aquellos casos en los que existiera “incertidumbre causal”, con el objetivo de que se abandonara el uso de la noción de “pérdida de la chance” para solucionar estos problemas. Textualmente, el proyecto comentado emitido por la Cámara de Representantes Belga, aprobado en febrero de 2024, refiere que “La aplicación del artículo 6.23 da lugar a un resultado comparable al de la jurisprudencia sobre la pérdida de una oportunidad, pero le confiere un fundamento diferente. Ahora que las normas relativas al nexo causal han sido precisadas por el propio legislador, ya no es necesario el artificioso desvío por el concepto de daño que constituye la pérdida de una oportunidad. La norma propuesta es, por lo tanto, más coherente y transparente”. Cfr. CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS (2023), p. 112.

⁷ Sobre el concepto de probabilidades y la limitación del conocimiento humano véase COHEN (1977) y, de manera más reciente, PEARL & MACKENZIE (2018). Desde el punto de vista del razonamiento probatorio véase: SCHUM (1994); GASCÓN (2017), pp. 77-96 y ACCATINO (2018), pp. 43-61.

⁸ En este sentido se ha expresado CAPECCHI (2012) pp. 73-118, que el cambio ha impactado en la doctrina de los ordenamientos continentales que, en algunos casos, ha abogado por un nuevo modelo de determinación causal que se aparte del requisito de la certidumbre, proponiendo una indagación probabilística.

⁹ El análisis de la jurisprudencia chilena sobre pérdida de la chance puede verse en CÁRDENAS (2019), p. 901 y ss.; CÁRDENAS (2023), p. 829 y ss. y CÁRDENAS (2024), pp. 927-943.

¹⁰ En perspectiva crítica sobre la TPCh en Chile puede verse: CÁRDENAS (2019); CORREA (2019), p. 176 y ss.; KHER Y KHER (2019); BARROS (2020), p. 404 y ss.; BLÜMEL (2022); CÁRDENAS (2023), pp. 829-850 y CÁRDENAS (2024), pp. 927-943.

doctrina nacional se ha limitado a hacer una descripción más bien acrítica de cierta versión o comprensión de la teoría, y los pronunciamientos sobre derecho comparado contienen imprecisiones que no dan cuenta del estado del debate en los ordenamientos en que la teoría ha sido y –está siendo– discutida de manera intensa¹¹.

En este trabajo nos hemos fijado como objetivo llevar a cabo un análisis comparado del tratamiento que le han dispensado a la TPCh tanto la jurisprudencia como la doctrina de las jurisdicciones que han generado los modelos teóricos (sitios de producción) que, en la actualidad, gozan de mayor difusión e influencia sobre las jurisdicciones que están recibiendo la teoría (sitios de recepción)¹². Con esta tarea esperamos hacer una contribución al debate, revelando las incisivas críticas que se le dirigen a la teoría en el derecho comparado, y mostrando otras vías de solución a los problemas de incerteza causal, dada la disparidad de formas argumentativas que se “ocultan” bajo la etiqueta de la “pérdida de la chance”, y el descontrolado uso que se advierte en la jurisprudencia de los tribunales.

En cuanto a la estructura, el argumento se encuentra dividido en dos partes: en la primera, daremos cuenta del estado de la cuestión en las dos jurisdicciones más representativas del *common law*: Estados Unidos e Inglaterra; y, en la segunda, mostraremos el del estado del debate en la jurisdicción del *civil law* en la que la doctrina ha alcanzado su máximo nivel de desarrollo, así como de aquella en que ha sido totalmente rechazada: Francia y Alemania.

Al final, consignaremos las conclusiones a las que el análisis comparado nos haya llevado.

I. PÉRDIDA DE LA CHANCE EN EL *COMMON LAW*: CUANTIFICACIÓN Y PREVENCIÓN

Cuando se examinan los ordenamientos pertenecientes a la tradición del *common law*, en específico EE.UU. y U.K., salta a la vista que existe una diferencia fundamental en la forma en que comprenden y utilizan la *TPCh*¹³. Mientras que

¹¹ En Chile se han escrito dos monografías sobre la TPCh: RÍOS y SILVA (2014) y BLÜMEL (2022). Además, le han dedicados trabajos a la TPCh: TAPIA (2012); MUNITA (2013); CORRAL (2018); CÁRDENAS (2019); CÁRDENAS (2023); BARRÍA (2024); CÁRDENAS (2024) y MEJÍAS (2025). Mención aparte merece DOMÍNGUEZ (1990), puesto que contiene un buen tratamiento sobre la TPCh, aunque en un trabajo más amplio sobre el daño.

¹² La distinción entre sitios de producción y recepción nos permite identificar aquellos ordenamientos en los que nacen y se desarrollan las teorías jurídicas que tienen alto grado de persuasión y difusión. LÓPEZ (2004), pp. 15-22 y, aunque el estudio del derecho de los sitios de recepción no se puede descartar, desde el punto de vista del derecho comparado, resulta más provechoso centrarse en la comparación de los llamados ordenamientos madre (*Mutterordnung*). ZWEIGER und KÖTZ (1996), pp. 40-42.

¹³ Un análisis comparado de los ordenamientos pertenecientes al *common law* puede verse en OLIPHANT & WRIGHT (2013).

en el U.K. los tribunales normalmente utilizan la noción de la pérdida de la chance como un instrumento para la cuantificación de ganancias económicas futuras (e hipotéticas); en aquellos estados de EE.UU. en que se ha recepcionado la figura, solo se ha utilizado para resolver casos de daños corporales (o muerte) vinculados con casos de mala praxis médica¹⁴.

En este contexto, y dado que diferencias tan acusadas respecto de los supuestos en los que procede la condena indemnizatoria suelen explicarse sobre la base de la existencia de diferencias estructurales en la comprensión que los ordenamientos tienen del estatuto de la responsabilidad civil (p.e. la función que cumple la condena indemnizatoria), parece interesante analizar el tipo de problema que está resolviendo y la función que está satisfaciendo la *TPCh* en cada uno de esos ordenamientos.

1. La PdCh en el derecho inglés un método de cuantificación de perjuicios económicos

Como es sabido, *Chaplin v Hicks* 1911 es uno de los casos que compiten por el galardón mundial de haber sido el primero en el que un tribunal razonó y concedió una indemnización sobre la base de la noción de la pérdida de una oportunidad. Y, aunque es referido como un caso que se dio a propósito de un certamen de belleza, conviene puntualizar que se trató de un concurso que adjudicaba un contrato de actuación a las doce participantes que resultaren seleccionadas, luego de un proceso de selección por etapas¹⁵. En los hechos, la demandante no fue notificada con la debida antelación de que debía asistir a una entrevista personal, lo que determinó su exclusión del proceso¹⁶. El tribunal, conociendo la demanda de la participante, condenó al productor del concurso a pagar la suma de cien, al considerar que la falta de notificación oportuna le había quitado a la participante la posibilidad de aspirar a adjudicarse alguno de los contratos de actuación. Al conocer el recurso, la Corte de Apelaciones sostuvo que la demandante tenía un derecho de valor considerable, y que no se debería excluir la indemnización de este derecho solo porque el resultado final dependiera de una contingencia o chance¹⁷.

¹⁴ Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE (2010), pp. 356-357.

¹⁵ En términos más específicos, cuatro ganadoras recibirían un contrato de tres años, con una paga de cinco por semana; cuatro recibirían un contrato de tres años, con una paga de cuatro por semana y tres recibirían un contrato de tres años con una paga de tres por semana. *Chaplin v Hicks* (1911).

¹⁶ Es importante, a efectos de entender el contexto de la decisión, que el concurso originalmente solo incluía dos etapas: las interesadas debían enviar su foto y un formulario de inscripción. De las fotos que llegaran, los organizadores elegirían a las que pasarían a la etapa de votación popular. Sin embargo, debido a que el concurso tuvo un interés sin precedentes, se modificaron las bases, y se incluyó una etapa de entrevistas como forma de selección a las concursantes que pasarían a la etapa de votación popular. *Chaplin v Hicks* (1911). Nos parece que este hecho tiene una relevancia gravitante para explicar la decisión: en el concurso existía un interés de fe pública en juego.

¹⁷ *Chaplin v Hicks* (1911).

Desde ese célebre fallo, podemos afirmar que la jurisprudencia inglesa ha utilizado la expresión *loss of chance* para referirse tanto a un “argumento”¹⁸ o “método de cuantificación”¹⁹, como a un daño indemnizable (*actionable loss*)²⁰. En términos particulares, la expresión ha sido utilizada, con diferente intensidad, para ordenar la reparación de lucros cesantes de naturaleza contractual; daños puramente económicos de naturaleza extracontractual; pérdida de ganancias futuras vinculadas con daños corporales en casos en los que se acreditó la causalidad y el resto de los elementos de la responsabilidad²¹.

a. Las reglas de la jurisprudencia inglesa sobre la pérdida de una chance

Para entender cómo la jurisprudencia inglesa comprende y aplica la figura de la pérdida de oportunidades, es necesario advertir dos cuestiones. Una, tiene que ver con la amplitud de las operaciones que se explican con el término pérdida de la chance y, la otra, con el tipo de casos respecto de los cuales la noción de pérdida de las oportunidades ha sido excluida.

Respecto de la primera cuestión, conviene advertir que bajo la etiqueta *loss of a chance* la doctrina inglesa da cuenta de todos los supuestos en que los tribunales conceden indemnizaciones usando probabilidades²². De ahí que el análisis se dirija a dilucidar en qué casos se otorgan indemnizaciones mediante un razonamiento probabilístico y en qué casos se otorgan mediante un razonamiento u abordaje de todo o nada²³ (“balance de probabilidades”), aunque en estos últimos casos también se usan probabilidades para ajustar la cuantía de las indemnizaciones.

Respecto de la segunda cuestión, es de crucial importancia advertir que el razonamiento probabilístico que conlleva la TPCh solo se admite para resolver los problemas de incertidumbre que presentan los eventos futuros (que dependen de que se verifique una proyección hacia adelante); y los eventos futuros hipotéticos (que dependen de una predicción del estado de las cosas en el futuro, hecha desde la hipótesis de que el demandado, hubiese actuado de manera diferente a la que actuó). Los problemas de incertidumbre que presentan los eventos pasados (paradigmáticamente así consideran los casos de mala praxis mé-

¹⁸ TURTON (2016), p. 122.

¹⁹ OLIPHANT (2008), p. 1062.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Como veremos más adelante, también se ha utilizado de manera excepcional para indemnizar la posibilidad de evitar una lesión o enfermedad en el célebre caso de asbestosis *Barker v. Corus* (2006). BURROWS (2019), pp. 62-63.

²² BURROWS (2019), p. 58.

²³ En términos textuales Andrew Burrows refiere: “The important underlying point is that this chapter’s reference to damages for loss of a chance is intended to embrace all situations where the courts assess compensatory damages proportionately according to the chances. So through the terminology of loss of a chance the central question addressed in this chapter is this: when is it that the courts award compensatory damages in proportion to the relevant chances rather than applying an all-or-nothing balance of probabilities approach?”. BURROWS (2019), p. 58.

dica), se resuelven a través una aproximación de todo o nada, mediante el referido “balance de probabilidades”²⁴.

Adicionalmente, y dado que el razonamiento de los tribunales en torno a las oportunidades perdidas parece tener diferencias dependientes del ámbito de la responsabilidad en el que nos encontremos, en lo que sigue daremos cuenta del tipo de casos que la jurisprudencia inglesa resuelve, sobre la base de probabilidades, en el ámbito contractual (*contract law*); para, luego, dar cuenta del tipo de casos en los que la jurisprudencia resuelve, basada en probabilidades, en ámbito extracontractual (*tort law*). El análisis nos permitirá extraer las principales reglas que los tribunales han generado en ambos contextos, y hacernos una mejor idea de la manera en que la TPCh es comprendida en el U.K.

- i. La TPCh en la responsabilidad contractual:
una forma de cuantificación de daños futuros
y daños futuros hipotéticos

Además de pionero, *Chaplin v. Hicks* (1911) es un *leading case* del derecho inglés en el tema que nos ocupa. Por lo que aquí interesa, en el caso se reclamó una indemnización arguyendo que el incumplimiento de la demandada le había hecho perder la oportunidad que tenía de ser seleccionada y adjudicarse uno de los contratos de actuación. Para entender mejor el caso conviene tener presente que la demandante ya había sido una de las cincuenta elegidas dentro de un universo de cuatro mil seiscientos postulantes, siendo la participante más votada de su región. Y es en ese contexto, en el que la Corte de Apelaciones entendió que la demandante tenía un derecho a continuar participando que tenía un valor considerable, y dio por acreditado que el incumplimiento de los organizadores del concurso la privó de ese derecho (solo atendiendo a cantidad de concursante que quedaban en carrera la participante tenía un 24 % de probabilidades de ser elegida, toda vez que de las cincuenta postulantes se elegirían doce). A efectos de la cuantificación, el jurado valoró este daño en un total de 100, lo que representaba aproximadamente un 21% de lo que hubiese obtenido en concepto de remuneración, si se hubiese adjudicado el contrato con la remuneración más baja; un 16 % de lo que hubiese obtenido si se hubiese adjudicado el contrato con la remuneración media y un 12 % de lo que hubiese obtenido si se hubiese adjudicado el contrato con la remuneración más alta.

Otro ejemplo relevante de la utilización de la lógica de las probabilidades es *Jackson v Royal Bank of Scotland* (2005). En este caso, Jackson importaba juguetes para mascotas desde Tailandia y estaba asociado con Economy Bag, una empresa encargada del *packaging* de los juguetes que trabajaba con el mismo banco que Jackson. Por un error administrativo, el banco le envió a Economy Bag toda la documentación correspondiente a una transacción de Jackson, lo que pro-

²⁴ Los casos en los que se encuentra el precedente de esta regla son: *Mallet v. McMonagle* (1960); *Gregg v. Scott* (2005).

vocó que Economy Bag le pusiera fin a la relación comercial de tres años que tenía con Jackson al enterarse de los amplios márgenes de ganancia que tenía. Jackson demandó al banco, alegando que su incumplimiento contractual consistente en la entrega de información confidencial, lo había privado de oportunidad de seguir generando ganancias producto de esta relación contractual. En lo que aquí interesa, el juez de instancia reconoció que el demandante tenía derecho a una indemnización por la pérdida de la oportunidad de obtener beneficios de la relación contractual, pero que la cuantía de la indemnización debía reflejar la incertidumbre del negocio, por lo que fue disminuyendo el monto a indemnizar por año de manera gradual y ascendente. Esta decisión fue modificada de manera parcial por la Corte de Apelaciones, limitando la indemnización a solo un año de acuerdos comerciales. Al conocer el asunto, la House of Lords acogió la apelación de la demandante, y dejó firme el fallo de primera instancia²⁵.

Un último ejemplo que suele señalarse como un caso de aplicación de la lógica de las probabilidades en el ámbito contractual es *Ministry of Defense v Wheeler* (1998), un caso de indemnización por despido improcedente. En los hechos, el Ejército despidió a un grupo de trabajadoras por el hecho de estar embarazadas, lo que hizo que demandaran pidiendo que se les indemnizara las potenciales ganancias que hubiesen obtenido de no haber sido improcedentemente despedidas. Es importante destacar que las mujeres habían conseguido un trabajo con posterioridad, pero este trabajo tenía un sueldo menor al que recibían en su empleo original. Por lo anterior, la discusión se centró en la manera en la que se debía calcular la indemnización por despido injustificado, cuando existían “múltiples probabilidades”, y cuando las víctimas habían mitigado los daños encontrando otro empleo, pero con un sueldo inferior. La Corte de Apelaciones sostuvo que la manera correcta de calcular la indemnización era restándole el monto ganado por las trabajadoras en el empleo alternativo, a las potenciales ganancias que podrían haber tenido en su trabajo original, para después, a ese monto, aplicar las múltiples probabilidades de que las trabajadoras se hubiesen mantenido en su puesto de trabajo de no ser por el despido improcedente de la demandada²⁶.

Como podemos ver, al menos en lo que respecta al contexto contractual, las oportunidades son tomadas en consideración por la jurisprudencia inglesa al momento de cuantificar los daños por pérdidas de ganancias futuras. Los casos revisados muestran cómo la jurisprudencia ha rechazado de manera sistemática la alegación de que estos daños serían demasiado remotos (y, por lo mismo, no podrían conectarse con el incumplimiento), y que ha desarrollado una serie de criterios para ajustar las indemnizaciones a las contingencias del futuro, utilizando las probabilidades como su herramienta de ajuste.

²⁵ *Jackson v. Royal Bank of Scotland* (2005).

²⁶ *Ministry of Defense v Wheeler* (1998).

ii. La TPCh en la responsabilidad extracontractual:
las cinco reglas de la jurisprudencia inglesa

Por su parte, en el contexto de la responsabilidad extracontractual, la discusión parece mucho más compleja. Así, por un lado, la House of Lords ha rechazado en varias ocasiones, y sobre la base de diferentes argumentos, el recurso a la figura de la pérdida de la chance cuando se ha intentado obtener una indemnización en casos de daños corporales y, por otro, la misma House of Lords ha reconocido su procedencia cuando se trata de daños puramente económicos (p.e., en casos en los que se persigue la responsabilidad de abogados), y algunos tribunales han utilizado la noción para tomar en consideración las probabilidades a efecto de cuantificar un daño futuro, cuando ya el demandante ha logrado acreditar todos los requisitos de la responsabilidad (factor de imputación, daño, y vinculación causal)²⁷.

En el contexto descrito, la doctrina inglesa ha identificado cinco reglas que la jurisprudencia suele utilizar para determinar si, en un caso específico, procede conceder una indemnización basada en la TPCh²⁸. Estas reglas se relacionan con los hechos que el demandante debe acreditar en el caso en concreto (p.e., cómo se hubiese comportado el demandante o una tercera persona si el demandado hubiera actuado de manera diligente), y con los tipos de daños que se demandan (p.e., si se trata de daños corporales o económicos).

- (a) Primera regla:
se puede utilizar la TPCh en los casos
en los que se debe acreditar
cómo hubiese actuado un tercero
para determinar la existencia de daños

Según la primera regla, la indemnización por pérdida de una oportunidad procede en aquellos casos de responsabilidad extracontractual en los que, para vincular la conducta del demandado con el daño alegado resulta necesario acreditar, teniendo como presupuesto que el demandado hubiera actuado de manera diligente, que un tercero habría actuado de una manera que hubiera permitido al demandante obtener el beneficio esperado o evitar una pérdida, incluso, si las probabilidades de que el tercero se hubiera comportado de dicha manera es inferior al 50 %. Según esta regla, corresponde al demandante acreditar cómo hubiese actuado el tercero, pero, para acreditar esa conducta hipotética, se rebaja el estándar de prueba que comúnmente se utiliza en los juicios civiles en U.K.

Un ejemplo de cómo funciona esta regla puede verse en *Allied Maples v Simmons & Simmons* (1995)²⁹. En este caso, un cliente demandó a una firma de abo-

²⁷ BURROWS (2008), p. 41; BURROWS (2019), pp. 63-64.

²⁸ Véase STEEL (2013), pp. 235-240 y STEEL (2015), pp. 293.

²⁹ *Allied Maples v Simmons & Simmons* (1995). En el mismo sentido véase *Kitchen v Royal Air Forces Association* (1958). Más recientemente en el mismo sentido: *Wellesley Partners LLP v Withers LLP* [2015] EWCA Civ 1146, [2016].

gados, arguyendo que su negligente asesoría en la redacción de un contrato le impidió incorporar una cláusula que limitara su responsabilidad de manera efectiva, lo que finalmente lo llevó a tener que pagar una indemnización a su contraparte. A efectos de vincular la negligencia en la asesoría jurídica con el daño demandado (la indemnización que tuvo que pagar), el cliente/demandante debía acreditar dos hechos hipotéticos: que él habría seguido el consejo de la firma de abogados de incluir una cláusula que limitara su responsabilidad y que la contraparte hubiese accedido a incluir dicha cláusula en el marco del proceso de negociación.

Para acreditar el segundo hecho referido es que se recurre a la noción de la pérdida de la chance. En la práctica, los tribunales dan por acreditado el hecho del tercero (en el ejemplo, que la contraparte hubiera accedido a introducir la cláusula), incluso, si el demandante no logra superar el estándar de prueba de balance de probabilidades³⁰. Así, si el demandante no puede acreditar que era más probable que la contraparte hubiese aceptado la cláusula que no la hubiera aceptado, procederá la indemnización de los daños si había alguna probabilidad o chance de que sucediera.

Como veremos un poco más adelante, esto implicará una reducción de la indemnización en atención a la probabilidad de que la contraparte hubiese aceptado dicha cláusula limitativa de responsabilidad³¹.

224

(b) Segunda regla:

no se puede utilizar la TPCh en los casos en los que,
para determinar la existencia del daño,
se requiera acreditar como hubiese actuado el demandante

Una segunda regla jurisprudencial prescribe que no cabe otorgar una indemnización sobre la base de la pérdida de una chance en aquellos casos en los que, para determinar si la conducta diligente del demandado habría generado una ganancia (o evitado una pérdida económica), se debe acreditar cómo habría actuado el propio demandante, y este no logra acreditarlo de acuerdo con el estándar de prueba ordinario (balance de probabilidades). Es importante no pasar por alto que, en los casos referidos, el demandante debe probar cómo se hubiese comportado si el demandado hubiese actuado de manera diligente, sobre la base del estándar de prueba normal (balance de probabilidades).

Esta segunda regla también puede ilustrarse con lo sucedido en *Allied Maples v Simmons & Simmons* (1995). Como acabamos de revisar, en el caso, el deman-

³⁰ Se traduce el estándar de prueba civil inglés *balance of probabilities* textualmente como balance de probabilidades. A pesar de recibir un nombre distinto, este estándar es idéntico al estándar estadounidense, toda vez que el tribunal debe dar por satisfecho su estándar de convicción sobre la existencia de un hecho, siempre que sea más probable que haya ocurrido a que no. *SoS for the Home Department v Rehman* [2003] 1 AC153t.

³¹ *Allied Maples v Simmons & Simmons* [1995] EWCA Civ 17. En el mismo sentido véase *Kitchen v Royal Air Forces Association* [1958] 1 WLR 563. Más recientemente en el mismo sentido: *Wellesley Partners LLP v Withers LLP* (2015).

dante no solo debía acreditar que la contraparte hubiese aceptado incorporar la cláusula de responsabilidad, sino que, también, debía probar que él mismo hubiese seguido el consejo de la firma de abogados, y hubiese aceptado incorporar la cláusula de limitación de responsabilidad al contrato. Respecto de la prueba de este tipo de hechos (hechos hipotéticos vinculados con decisiones del propio demandante), la House of Lords dejó establecido que debían probarse según el estándar ordinario de prueba (balance de probabilidades).

De lo anterior que, si el demandante no logra acreditar que era más probable que hubiese seguido el consejo de sus abogados que no lo hubiera hecho, no procede ninguna indemnización. Por lo que aquí interesa, podemos afirmar que lo que la House of Lords dijo es que no puede recurrirse al argumento de la pérdida de la chance u oportunidad para articular una indemnización cuando se trata de probarlo que hubiese hecho, hipotéticamente, el propio demandante.

(c) Tercera regla:

la PdCh no puede ser utilizada para compensar la posibilidad de obtener un beneficio de salud o de evitar un daño corporal

Según la tercera regla de la jurisprudencia inglesa, la TPCh no puede utilizarse para compensar la probabilidad de obtener un beneficio en salud o de evitar un daño corporal³². Como ya pudimos advertir, esta regla impide recurrir a la doctrina de la pérdida de la chance u oportunidad para reclamar una indemnización en casos de negligencias médicas. La House of Lords ha explicitado algunas de las razones con las que ha fundamentado su posición restrictiva en dos casos emblemáticos: *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* (1988) y *Gregg v. Scott* (2005)³³.

En el primero de los casos, un niño fue llevado al hospital tras sufrir diversas lesiones luego de caer de un árbol. En el recinto hospitalario, los médicos no diagnosticaron (negligentemente) que el niño tenía una fractura en la cadera. Cuando se advirtió el error, el niño ya había desarrollado una necrosis vascular que le produjo una discapacidad permanente, y que aumentó el riesgo de que en el futuro pudiese desarrollar una osteoartritis. Los informes médicos indicaron que, aunque se hubiese diagnosticado la fractura de cadera del niño en su primera visita al hospital, las probabilidades de un tratamiento exitoso eran solo de un 25 %. Ante dicha situación, una sentencia de primera instancia ordenó indemnizar al demandante con una suma equivalente al 25 % de la indem-

³² *Vaile v Havering London Borough Council* (2011). En el mismo sentido: *Gregg v Scott* (2005) y *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* (1988).

³³ La única diferencia entre los casos es que, en *Gregg*, el paciente no había sucumbido al cáncer que lo afectaba y que no había sido diagnosticado a tiempo; mientras que *Hotson*, la lesión sufrida al caer de un árbol, al no haber sido diagnosticada, ya había evolucionado dejando al paciente con secuelas físicas permanentes.

nización que hubiese recibido de haberse acreditado la relación de causalidad sobre el estándar ordinario inglés (11 500 £), pero esa decisión fue revocada por la House of Lords, toda vez que consideró que no se había acreditado la relación causal entre la negligencia y la necrosis vascular y que, por lo mismo, era innecesario pronunciarse sobre la cuantificación de los daños, y de la aplicación de la TPCh.

Por su parte, en *Gregg v. Scott* (2005), el paciente/demandante fue a consultar a un facultativo después de advertir que tenía un bulto inusual en su axila. El médico le indicó que el bulto era benigno, pero, a la postre, se descubrió que se trataba de un tumor maligno que no fue diagnosticado correctamente. El diagnóstico tardío (nueve meses) impidió que el demandante pudiera acceder a un tratamiento oportuno, agravando su condición y limitando las opciones de tratamiento disponibles. Los informes médicos aportados al juicio mostraron que, si el demandante lo hubiese diagnosticado de manera correcta cuando concurrió a la consulta, el tratamiento habría tenido un 45 % de probabilidades de éxito, mientras que, en su estado actual, el tratamiento solo tenía un 25 % de probabilidades de éxito. Teniendo en consideración que, al momento de consultar, el tratamiento al que debió ser sometido el paciente no tenía unas probabilidades de éxito que permitieran superar el estándar de prueba de balance de probabilidades (solo tenía un 45 %), el juez de instancia rechazó la demanda presentada por el paciente, y esa decisión fue confirmada por la House of Lords.

Los dos casos referidos tienen múltiples aspectos relevantes, pero, por lo que aquí interesa, contienen los argumentos que ha utilizado la House of Lords para rechazar el argumento sobre la base de la pérdida de la chance en casos de negligencias médicas. Al respecto, un primer argumento es que, a juicio del alto tribunal, en los casos de daños corporales no se darían uno de los presupuestos básicos para que pueda recurrirse a la pérdida de la chance: la incerteza inherente. Según la House of Lords, el supuesto fáctico de aplicación de la teoría (“incerteza inherente”) es imposible que se dé en casos de daños corporales, toda vez que estas situaciones ya se encuentran determinadas causalmente y, por lo mismo, el progreso de una enfermedad será causado por la predisposición genética del paciente o por la negligencia del médico (aunque no se pueda verificar científicamente cuál es la que operó en el caso concreto)³⁴. Un segundo argumento para el rechazo de la TPCh indica que, reconocer la indemnización por pérdida de la chance conlleva pasar a un sistema de decisión que se basa en la prueba estadística, y el análisis de este tipo de prueba es muy difícil sin la asistencia de un experto imparcial. Para la House of Lords parece preferible una solución menos sofisticada (*rough justice*), que se articule a través del estándar probatorio ordinario (balance de probabilidades)³⁵.

Un tercer argumento para rechazar la indemnización de la pérdida de la chance se expresó en *Gregg v. Scott* (2005). Allí se dejó dicho que no procede ra-

³⁴ Lord Hoffmann en *Gregg v Scott* (2005).

³⁵ Lord Nick Phillips of Worth Matravers en *Gregg v Scott* (2005).

zonar en torno a probabilidades perdidas en los casos en los que el resultado del tratamiento es aún incierto (el paciente no había sucumbido al cáncer diagnosticado de manera tardía). En opinión de la House of Lord el hecho de que el paciente estuviera vivo, les permitía presumir que, en realidad, la negligencia no había tenido ningún efecto sobre sus posibilidades de sobrevivencia. En opinión de los jueces, este hecho reforzaba la intuición inicial de que la aplicación de la pérdida de la chance produciría resultados injustos³⁶.

Finalmente, también en *Gregg v. Scott* (2005), se dio una cuarta razón para rechazar la TPCh, que tiene relación con la falta de un mecanismo que permita limitar o controlar su uso, en circunstancias que cualquier acción podría reformularse en términos de pérdida de una oportunidad. Según el tribunal, ese rasgo de la TPCh propiciaría que en todos aquellos casos en los que los demandantes tienen el derecho a recibir una indemnización completa, terminen recibiendo una indemnización parcial, lo que supondría “un gran retroceso para la gran mayoría de casos de daños corporales”³⁷.

Como hemos podido ver, la jurisprudencia inglesa se ha opuesto tenazmente a la idea de que se use la TPCh para habilitar indemnizaciones en casos de daños corporales. Los argumentos en contra del uso de la noción de la pérdida de la oportunidad no solo expresan razones sistémicas (más allá del caso específico), vinculadas con los requisitos de procedencia de la TPCh, con la modificación de su estándar de prueba, y con la imposibilidad de limitar su utilización.

(d) Cuarta regla:

la TPCh no puede utilizarse para casos de mero aumento del riesgo de sufrir un daño futuro, sea corporal o patrimonial

Una cuarta regla de la jurisprudencia inglesa prohíbe utilizar la TPCh para resolver casos en los que la acción u omisión del demandado ha producido un mero aumento del riesgo de sufrir un daño en el futuro, sea este daño de naturaleza corporal o patrimonial³⁸. Un ejemplo de la operación de esta regla puede verse en *Rothwell v Chemical & Insulating Co Ltd* (2007). En el caso, un trabajador de una fábrica de productos que contenían asbesto demandó a la compañía en la que trabajaba arguyendo que lo había expuesto a un químico cuya toxicidad era conocida, que aumentaba sus probabilidades de contraer la enfermedad conocida como mesotelioma. Es importante no perder de vista que el demandante no había desarrollado la enfermedad sino que solo presentaba “placas pleurales” (condición no dañosa), pero que sí era un síntoma común de la exposición al asbesto y, por lo mismo, era una señal que el paciente tenía más posibilidades de desarrollar la enfermedad en el futuro. La demanda afirmaba que debía compensarse la ansiedad y la angustia del demandante por la posibilidad de desarrollar

³⁶ Lord Nick Phillips of Worth Matravers en *Gregg v Scott* (2005).

³⁷ Baroness Hale en *Gregg v Scott* (2005).

³⁸ Véase *Rothwell v Chemical & Insulating Co Ltd* (2007) y *Law Society v Sephton & Co (a firm)* (2006).

la enfermedad en el futuro. Sin perjuicio de que la primera instancia falló a favor del demandante, tanto la Corte de Apelaciones como la House of Lords resolvieron rechazar la demanda manifestando que, en su criterio, el temor a desarrollar una enfermedad en el futuro no era suficiente para otorgar una indemnización³⁹.

Al respecto, es importante diferenciar los supuestos de incremento del riesgo de desarrollar una enfermedad en el futuro, de los casos de incremento del riesgo de desarrollar una enfermedad que, actualmente, se padece. Como ya adelantamos, la jurisprudencia inglesa rechaza las demandas que buscan indemnizaciones en los primeros casos (riesgo de daño futuro), pero ha ordenado indemnizar a pacientes que demandan solo a algunos de los posibles causantes de una enfermedad que se padece en la actualidad (incremento relativo del riesgo). Una buena muestra de estos últimos casos son *Fairchild v Glenhaven Funeral Services* (2002) y *Barker v Corus* (2006). En ambos casos, las víctimas demandaron a sus empleadores porque habían desarrollado cáncer de pulmón producto de la negligente exposición al asbesto a la que habían sido expuestos en sus trabajos.

En *Fairchild v Glenhaven Funeral Services* (2002), los demandantes fueron tres personas que habían sido expuestos al asbesto por varios empleadores, sin que se pudiera saber cuál exposición había generado el cáncer que sufrían, toda vez que un solo incidente de exposición al asbesto es suficiente para generar la enfermedad, y la exposición prolongada no tiene ninguna incidencia significativa en la severidad o el agravamiento de la enfermedad. En este caso, la House of Lords sostuvo que el demandante podía satisfacer el estándar de prueba de la vinculación causal, si acreditaba que uno de los empleadores había contribuido materialmente a la exposición a la sustancia tóxica y, por lo mismo, había aumentado sus posibilidades de desarrollar la enfermedad. Por lo anterior, el tribunal sostuvo que el demandante podía exigir el pago de todo el daño sufrido a un solo empleador, manteniendo siempre la posibilidad de que este empleador accionara contra los otros empleadores⁴⁰.

Por su parte, en *Barker v Corus* (2006), un trabajador, se había expuesto de manera previa a la sustancia tóxica cuando trabajaba como independiente, demandó a dos empleadores (uno para el cuál trabajó ocho años, y otro para el cuál trabajó seis semanas) por haberlo expuesto a la misma sustancia. Al conocer el caso, la House of Lords consideró que el demandante había sido culpable y que, por esa razón, no podía escapar a la responsabilidad, aunque solo debía responder por el daño que efectivamente causó, permitiendo que se estableciera responsabilidad basada en la probabilidad que el empleador demandado hubiese causado la enfermedad⁴¹.

³⁹ *Rothwell v Chemical and Insulating Co* (2007).

⁴⁰ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services* (2002).

⁴¹ *Barker v Corus UK* (2006).

La sentencia que resolvió este caso ha sido considerada como la que introdujo la lógica de responsabilidad proporcional en el U.K. El fallo fue criticado con fuerza por los trabajadores y familiares de los afectados por la exposición al asbesto, precisamente, porque limitaba la reparación de los daños generados en este contexto. Lo anterior llevó a que de manera muy ágil se dictara la Compensation Act 2006, que estableció que, en casos de mesoteliomas, los empleadores responden de modo solidario, excluyendo expresamente la posibilidad de fallar sobre la base de una responsabilidad proporcional en casos de contaminación por asbesto⁴². Debido a la rápida dictación de la Compensation Act, la importancia de este fallo ha sido marginal⁴³.

- (e) Quinta regla:
cuando se aplica la TPCh, para calcular la indemnización,
se debe multiplicar la magnitud de la probabilidad perdida
por el daño final

Finalmente, una quinta regla jurisprudencial para la aplicación de la pérdida de la chance se relaciona con la cuantificación de la indemnización. Así, la jurisprudencia ha ordenado que la determinación de los daños que se indemnizan sobre la base de la pérdida de una chance debe hacerse multiplicando la magnitud de la probabilidad perdida por el daño final, con independencia de que la probabilidad que se indemnice sea inferior al 50 %⁴⁴.

- b. El debate en la doctrina inglesa:
la búsqueda por un principio
que explique la práctica jurisprudencial

Cuando se revisa la doctrina británica que ha analizado la aplicación jurisprudencial de la TPCh, se encuentra empeñada en sistematizar y racionalizar algunas de las reglas jurisprudenciales que hemos revisado bajo algunos principios orientadores⁴⁵. Y, aunque muchos de los trabajos se limitan a describir los casos en que la jurisprudencia razona en torno a probabilidades, algunos contienen un punto de vista crítico que parece buscar ordenar la figura de acuerdo con la comprensión de la que podríamos llamar, no si un poco de exceso del lenguaje, teoría estándar de la pérdida de la chance.

En el contexto descrito, algunos autores ingleses han cuestionado el hecho de que se hable de pérdida de la chance tanto en la etapa de la acreditación de los requisitos estructurales de la responsabilidad como en la etapa de la cuantificación de los perjuicios. Para los autores que distinguen entre estas dos etapas, solo son casos reales de pérdida de chances aquellos en que el razonamiento

⁴² Compensation Act 2006, Chapter 29, s.3 Mesothelioma: damages.

⁴³ BURROWS (2019), pp. 56-57.

⁴⁴ Por todos: Haithwaite v Snell & Passmore (a firm) (2009).

⁴⁵ Véase: OLIPHANT (2008); BURROWS (2008); STEEL (2013); STEEL (2013); GREEN (2015) y BURROWS (2019).

se utiliza para dar por acreditados los requisitos de la responsabilidad (como sucede en el caso de responsabilidad de abogados). Para esta doctrina, sería impropio hablar de pérdida de la chance cuando solo se toman en consideración las probabilidades para determinar el *quantum* de los daños (casos de responsabilidad contractual, y casos de responsabilidad extracontractual en los que se acrediten los requisitos de la responsabilidad)⁴⁶.

En línea con lo anterior, una crítica que habitual se le dirige a la forma en la que la jurisprudencia ha venido utilizando la noción de la pérdida de la oportunidad es que parece excluir –de manera injustificada– la aplicación de la teoría a casos de daños corporales⁴⁷. Como ya vimos, parte de la doctrina está de acuerdo con el criterio temporal de discriminación, y apoya a una muy consolidada línea jurisprudencial que no parece que vaya a variar en el corto plazo. Sin embargo, a otro sector de la doctrina le parece inconsistente que solo se utilice el enfoque de probabilidades para resolver casos de incerteza sobre hechos futuros o hipotéticos, y no para resolver los problemas de incertidumbre que se generan hacia el pasado.

Respecto de lo recién referido, Sandy Steel sostiene que existen dos potenciales principios explicativos de la TPCh. Por un lado, el principio de la incerteza inherente (*inherent uncertainty principle*), según el cual la doctrina es aplicable solo en aquellos casos en los que no se puede acreditar que la negligencia del demandado causó el daño final; mientras que, por otro lado, estaría el principio del daño (*the loss principle*), según el cual la oportunidad o chance tendría un valor en sí mismo, siempre que cumpla con una serie de requisitos. De acuerdo con el principio de incerteza inherente, no se puede entender la jurisprudencia que rechaza resolver los casos de daños corporales mediante la TPCh⁴⁸. Por su parte, considera que el principio del daño (*the loss principle*) permite explicar de mejor manera la forma en que la jurisprudencia aplica la teoría para los daños económicos, y postula que una formulación alternativa del mismo (que incluya la chance de evitar daños corporales), sería la formulación más coherente y deseable de la TPCh⁴⁹.

De todo lo anterior podemos concluir que, aunque con críticas, en el derecho inglés el término *loss of a chance* se utiliza de una manera más amplia, para designar un método para resolver problemas de incertidumbre solo respecto de hechos futuros e hipotéticos, para cuantificar pérdida de ganancias de origen contractual. Aunque parte de la doctrina inglesa es consciente de que existen hipótesis de incertidumbre respecto de hechos pasados y avanza hacia la que hemos denominado aproximación estándar de la TPCh, no parece haber espacio en la jurisprudencia de los tribunales para modificar la aproximación de todo o nada

⁴⁶ BURROWS (2008), pp. 41-43. En el mismo sentido: OLIPHANT (2008), p. 1069 y GREEN (2015), pp. 153-154.

⁴⁷ STEEL (2013), p. 253 y ss.

⁴⁸ *Op. cit.*, pp. 251-253.

⁴⁹ *Ibid.*

utilizada para acreditar hechos, mediante el estándar de “balance de probabilidades”⁵⁰.

*2. La PdCh en el derecho de EE.UU:
un remedio preventivo y exclusivo para casos de mala praxis médica*

Aunque en el derecho estadounidense se puede encontrar un antecedente histórico de la aplicación de la pérdida de la chance en *Craig v. Chambers* (1867)⁵¹, generalmente se señala a *Hicks v. United States* (1966) como el hito fundacional del desarrollo de la pérdida de la chance en EE.UU.⁵² Sin perjuicio de lo anterior, habrá que esperar hasta *Hamil v. Bashline* (1978) para poder ver a una Corte Suprema estatal ordenar una indemnización razonando sobre la base de la TPCh⁵³. Como veremos enseguida, a partir de estos tres casos las jurisdicciones de EE.UU. fueron forjando una herramienta a la medida de su particular derecho de daños para resolver –solo–, reclamaciones por negligencias médicas.

En *Craig v Chambers* (1867) se demandó a un médico que había tratado negligentemente el hombro dislocado de la demandante, lo que le provocó la pérdida de movilidad del brazo. Al conocer el caso, la Corte Suprema de Ohio anuló la decisión de la Corte de Apelaciones, que había ordenado que se realizara un nuevo juicio, confirmando la decisión del jurado, que falló en favor del médico demandado. Pese a lo anterior, *obiter dictum*, la Corte sostuvo:

“cualquier desviación del estándar de habilidad o cuidado que disminuye las chances del paciente de recuperarse, prolongue su enfermedad, aumente su sufrimiento, o que haga que su condición sea peor de lo que habría sido si se hubiese actuado con cuidado razonable, será considerado un daño”⁵⁴.

Por su parte, en *Hicks v United States* (1966) una niña fue llevada al hospital de urgencia con fuertes dolores estomacales. El médico de turno diagnosticó una gastroenteritis, y le dio el alta. Horas después, la niña falleció en su casa a consecuencia de una obstrucción intestinal. En ese contexto, la Court of Appeal de Virginia consideró que el médico había incumplido el deber de cuidado, y sostuvo:

“si el demandante tenía una posibilidad sustancial de sobrevivir y el demandado la destruyó, debe responder. El derecho no requiere, en las cir-

⁵⁰ BURROWS (2019), p. 60.

⁵¹ *Craig v Chambers* (1867).

⁵² *Hicks v United States* (1966).

⁵³ Esto es relevante, pues el mayor desarrollo del derecho de daños en EE.UU. se da a escala estatal, no federal. Lo anterior también explica la divergencia de criterios entre Estados, y la utilización de diversas justificaciones y precedentes para el tratamiento de la noción. *Hamil v Bash line* (Pa. 1978).

⁵⁴ *Craig v Chambers* (1867).

cunstancias del caso, que el demandante demuestre con certeza que el paciente habría vivido, si hubiese sido hospitalizado y operado de manera oportuna⁵⁵.

Aunque este caso siempre se ha señalado como el primero en el que se reconoce la pérdida de la chance en EE.UU., lo cierto es que más bien parece afirmar que el juez o jurado no requiere una certeza total para acreditar la existencia de causalidad⁵⁶.

Sea como sea, a partir de los casos referidos, la TPCh ha sido discutida en las jurisdicciones de cuarenta estados de EE.UU. De estas, veinticuatro han razonado en torno a alguna versión de la teoría⁵⁷, mientras que dieciséis han rechazado completamente su aplicación⁵⁸, y diez aún no se han pronunciado de manera directa sobre su procedencia. Un ejemplo notable de estas últimas jurisdicciones es el caso del estado de North Carolina, donde su Corte Suprema consideró en *Parkes v. Herman* (2020), que la pregunta por la aplicación de la pérdida de una chance era una cuestión que le correspondía resolver al legislador y no a los tribunales⁵⁹.

a. Las diferentes regulaciones de la TPCh en la jurisprudencia y la legislación de EE.UU.

232

Las razones que se han dado en EE.UU. para rechazar o aceptar la TPCh son de diversa naturaleza, de ahí que, si se quiere entender el problema que resuelve y la función que cumple la TPCh en ese país, parece una buena idea abocarse al estudio de estas razones.

⁵⁵ *Hicks v United States* (1966).

⁵⁶ *BRENNWALD* (1985), p. 772.

⁵⁷ *Arizona* [*Thompson v Sun City Community Hospital* (1984)]; *Delaware* [*United States v Anderson* (1994)]; *Illinois* [*Holton v Memorial Hosp.* (1997)]; *Indiana* [*Mayhue v Sparkman* (1995)]; *Colorado*: [*Mays v United States* (1985)]; *Iowa* [*Mead v Adrian* (2003)]; *Kansas* [*Pipe v Hamilton* (2002)]; *Louisiana* [*Coody v Barraza* (2013)]; *Massachusetts* [*Matsuyama v Birnbaum* (2008)]; *Missouri* [*Wollen v DePaul Health Center* (1992)]; *Montana* [*Aasheim v Humberger* (1985)]; *Nevada* [*Perez v. Las Vegas Medical Ctr.* (1991)]; *New Jersey* [*Scafidi v Seiler* (1990)]; *New Mexico* [*Alberts v Schultz* (1999)]; *New York* [*Wild v Catholic Health Sys.* (2013)]; *Ohio* [*Roberts v Ohio Permanente Medical Group* (1996)]; *Oklahoma* [*McKellips v St. Francis Hospital, Inc.* (1987)]; *Pennsylvania* [*Hamil v Bashline* (1978)]; *West Virginia* [*Thornton v CAMC* (1983)]. Este Estado, incluso, codificó la pérdida de la chance *W. Va. Code* § 55-7B-3(b); *Wisconsin* [*Ehlinger by Ehlinger v Sipes* (1990)]; *Washington* [*Mohr v Grantham* (2011)] y *Wyoming* [*McMackin v Johnson County Healthcare Ctr.* (2003)].

⁵⁸ *Alaska* [*Crosby v United States* (1999)]; *Arkansas* [*Holt v Wagner* (2001)]; *California* [*Dumas v Cooney* (1991)]; *Connecticut* [*Borkowski v Sacheti* (1996)]; *Florida* [*Gooding v University Hospital Bldg., Inc.* (1984)]; *Georgia* [*Dowling v Lopez* (1993)]; *Idaho* [*Manning v Twin Falls Clinic & Hosp., Inc.* (1992)]; *Kentucky* [*Kemper v Gordon* (2008)]; *Maryland* [*Fennell v Southern Maryland Hosp. Center, Inc.* (1990)]; *Minnesota* [*Fabio v Bellomo* (1993)]; *Mississippi* [*Ladner v Campbell* (1987)]; *Nebraska* [*Rankin v Stetson* (2008)]; *North Carolina* [*Day v Brant* (2012)]; *Oregon* [*Joshi v Providence Health Sys. of Or. Corp.* (2006)]; *South Carolina* [*Martasin v Hilton Head Health Sys.* (2005)]; *Tennessee* [*Kilpatrick v Bryant* (1993)]; *Texas* [*Kramer v Lewisville Memorial Hosp.* (1993)] y *Vermont* [*Smith v Parrott* (2003)].

⁵⁹ *Parkes v Herman* (2020).

i) La alteración del estándar de prueba de la causalidad como principal razón para su exclusión legislativa y jurisprudencial

Respecto de las jurisdicciones que no reconocen la TPCh, conviene partir por advertir que en varias de ellas (p. e., Alabama⁶⁰, Michigan⁶¹, New Hampshire⁶² y South Dakota⁶³), la prohibición se hizo a través de ley (*statute*). La razón que esgrimen los legisladores para rechazar la teoría es que el razonamiento basado en ella altera el estándar ordinario de prueba, estableciendo una diferencia no justificada entre los casos de negligencia médica y cualquier otro caso de responsabilidad. Un ejemplo de especial interés sobre lo referido es el caso del estado de New Hampshire, pues allí la TPCh fue recepcionada por la jurisprudencia en el año 2001⁶⁴ y prohibida por el Poder Legislativo en el año 2003, cuando se modificó el *wrongful death statute* para puntualizar que no procede indemnizar perjuicios si solo se logra acreditar la pérdida de la oportunidad de un mejor resultado⁶⁵.

También existen Estados donde los tribunales de justicia han resuelto que la utilización de la noción de pérdida de la chance es incompatible con el derecho estatal. Aunque los argumentos varían de jurisdicción en jurisdicción, el punto en común parece ser que se entiende la TPCh como una forma de relajar –injustificadamente– el estándar de prueba de la relación causal⁶⁶. Así, por ejemplo, el estado de Texas tiene como precedente *Kramer v Lewisville Memorial Hosp.* (1993)⁶⁷, caso en el que la Corte Suprema de Texas dejó sentado que, si bien el derecho no exige certeza absoluta para la prueba de la causalidad, esta se debe establecer mediante un estándar. Añadió que cualquier cosa que se encuentre bajo el estándar de “probabilidad razonable”, no era suficiente razón para hacer responsable al demandado, “porque no se han eliminado suficientes causas alternativas del daño”⁶⁸. La Corte también rechazó de manera expresa la formulación de la pérdida de la chance como un tipo de daño indemnizable, entendiendo que siempre el perjuicio por oportunidades perdidas dependía de la verificación del perjuicio final. Para la Corte Suprema de Texas, una razón adicional para rechazar su aplicación fue la inexistencia de un principio que permitiera delimitar la noción, solo a los casos de responsabilidad médica⁶⁹.

⁶⁰ Ala. Code § 6-5-542.

⁶¹ Mich. Comp. Laws Ann. § 600.2912a.

⁶² RSA 507-E:2, III.

⁶³ S.D. CODIFIED LAWS § 20-9-1.1 (2012).

⁶⁴ *Lord v Lovett* (2001).

⁶⁵ RSA 507-E:2, III.

⁶⁶ Véase, por ejemplo: *Kemper v Gordon* (2008).

⁶⁷ *Kramer v Lewisville Memorial Hosp.* (1993).

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.* Este argumento es recogido también en AMERICAN LAW INSTITUTE (2010), pp. 356-357, donde la pérdida de la chance es tratada a propósito de la causalidad fáctica.

- (ii) La necesidad de hacer responsables a los médicos negligentes sin importar las posibilidades de sobrevida del paciente como principio fundacional

Respecto a aquellas jurisdicciones que reconocen la aplicación de la TPCh, se debe partir por advertir que los fundamentos que se utilizan para sostener la teoría, así como la forma en la que se conceptualiza la TPCh, son de variada índole.

En cuanto a los fundamentos, uno de los argumentos más utilizados en favor de la TPCh cuestiona la base de la concepción causal del sistema de responsabilidad. En una muy apretada síntesis, se sostiene que un sistema de responsabilidad de “todo o nada” generara decisiones injustas, y avala la irresponsabilidad de muchos médicos negligentes, solo por el hecho de que las víctimas tenían pocas oportunidades de recuperación⁷⁰. En la misma dirección, otros argumentos han hecho ver que la irresponsabilidad de los médicos generaría incentivos incorrectos para el tratamiento y manejo de pacientes cuyas probabilidades de sobrevida son inferiores al 50 %; que la regla de estándar de prueba tradicional es ineficiente porque afecta la alocaión de los daños e impide el cumplimiento de la función preventiva de la responsabilidad; que la incertidumbre causal es provocada por la acción negligente del médico, por lo que el peso de esa incertidumbre debe ser puesto en el sujeto que la generó y, por último, que la regla tradicional pasa por alto el valor de la chance u oportunidad⁷¹.

234

Respecto de las diferencias de aproximación conceptual, dentro de las jurisdicciones que razonan sobre la base de la TPCh, se observan construcciones que explican la teoría como un mecanismo válido para reducir el estándar probatorio de la causalidad; como una herramienta para imputar responsabilidad por el incremento del riesgo o, por último, como un tipo de daño indemnizable. Como mecanismo de reducción del estándar probatorio fue utilizado por las primeras jurisdicciones que recibieron la TPCh, lo que les permitió remitir la pregunta sobre la existencia de relación causal al jurado, en algunos casos de negligencias médicas en los que *–prima facie–* la prueba rendida no superaba el estándar de prueba de la causalidad⁷². Como herramienta para imputar responsabilidad por riesgo, algunas jurisdicciones fundamentaron el reconocimiento de la teoría en la antigua provisión del Restatement Second of Torts (la sección § 323), que prescribía que aquellos que se comprometieran a prestar

⁷⁰ Roberts v Ohio Permanente Medical Group (1996) y Matsuyama v Birnbaum (2008). En el mismo sentido puede verse KING (1981), p. 488. Un argumento desde la justicia, pero con diferente fundamentación puede verse en GEISTFELD (2024).

⁷¹ Una exposición completa de los argumentos que llevan a los tribunales a acoger la teoría puede verse en Kramer v Lewisville Memorial Hosp. (1993). Una exposición más actualizada, y desde el punto de vista del daño, puede verse en Matsuyama v. Birnbaum (2008).

⁷² Thompson v. Sun City Community Hospital (1984), pp. 607-608. En esta decisión la Corte Suprema de Arizona permitió que la pregunta sobre la existencia de la relación de causalidad fuera llevada al jurado, para que el jurado “fallara a favor del demandado a menos que considerara que el existían probabilidades de que la negligencia del demandado hubiese sido la causa del daño del demandante”.

servicios a otros, serían responsables por el daño que se hubiera producido cuando, mediante una negligencia de su parte, el riesgo de que ese daño se generase se viera incrementado⁷³. Finalmente, y sobre todo en aquellas jurisdicciones donde el reconocimiento de la noción es más reciente, se ha sostenido que la pérdida de la chance sería un tipo de daño indemnizable, y que su reparación procede de acuerdo con el ordenamiento jurídico⁷⁴.

Como hemos visto, cuando menos en términos cuantitativos, el tratamiento de la figura dista de ser homogéneo en los diferentes Estados y, en términos cualitativos, la comprensión es variable o inestable, incluso, entre los Estados que la aceptan. Prueba de dicha inestabilidad conceptual es que el Restatement Third of Torts parece definir la pérdida de chance como un tipo de daño indemnizable, pero, en lugar de tratarla en el capítulo de los daños indemnizables, la aborda en la sección 27 del capítulo 5, que está dedicada a la causalidad fáctica y sus problemas⁷⁵.

- (iii) Las reglas de la jurisprudencia estadounidense:
la TPCh solo en casos de mala praxis médica,
y por debajo del estándar de prueba

Sin perjuicio de las divergencias referidas en los párrafos anteriores, existen ciertos puntos de acuerdo en la jurisprudencia estadounidense. Así, todas aquellas jurisdicciones en las que se ha discutido la utilización de la TPCh parecen coincidir en que:

- i) la TPCh solo puede ser utilizada en casos de negligencia médica;
- ii) la TPCh sólo es aplicable en aquellos casos en las probabilidades de sobrevivencia antes de la negligencia eran inferiores al 50 % y
- iii) la aplicación de la TPCh conlleva una disminución de la indemnización que se hubiese dado de haberse acreditado el vínculo de causalidad con el daño final.

Con respecto al primer acuerdo (TPCh solo para casos de responsabilidad médica), la jurisprudencia ha rechazado las demandas que se han fundamentado sobre la base de la noción en otros contextos de *torts* (negligencias de abogados, abusos de posición dominante en el ámbito de la libre competencia)⁷⁶. Entre las razones que han esgrimido los tribunales de EE.UU. para rechazar la aplicación de la TPCh fuera del ámbito médico, se ha sostenido que en los casos mé-

⁷³ DeBurkate v Louvar (1986); McKellips v St. Francis Hospital, Inc. (1987), pp. 474-475; Hamil v Bashline (1978). Esta interpretación ha sido descartada tanto en AMERICAN LAW INSTITUTE (2010), pp. 356-357 como por decisiones de otros Estados que consideran inapropiada una interpretación sobre la base de una provisión demasiado específica y que, en ningún momento hace referencia efectivamente a la noción de pérdida de la chance.

⁷⁴ Matsuyama v Birnbaum (2008).

⁷⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE (2010), pp. 356-357.

⁷⁶ Cuando la noción se ha intentado utilizar en otros ámbitos (juicios contra abogados), los tribunales la han rechazado de plano. Daugert v Pappas (1985). En este sentido véase AMERICAN LAW INSTITUTE (2010), pp. 356-357; FISCHER (2001), pp. 605-655 y GEISTFELD (2024), p. 427 y ss.

dicos es más probable contar con peritajes de expertos que determinen las probabilidades de pérdidas; que la pérdida de probabilidades de recuperación defrauda las expectativas que tienen las personas que concurren a un médico; que no es extraño que los pacientes tengan menos del 50 % de probabilidades de supervivencia o de recuperación cuando van al médico, lo que excluiría, por definición, una indemnización; y que no aplicarla llevaría a que la parte que tiene menos medios para prevenir el daño (el paciente), soporte las consecuencias de la negligencia de la parte que tiene más medios para prevenirlo (el médico)⁷⁷.

Los argumentos que se hacen valer ponen de manifiesto que los tribunales consideran que existen razones de política pública (*policy*) que sostienen el uso de la TPCh en el ámbito médico, y que la inexistencia de dichas razones en otros ámbitos de la responsabilidad impide extender su ámbito de aplicación.

Según un segundo acuerdo de la jurisprudencia, si las probabilidades de que la negligencia médica sea la causa del daño son mayores a las probabilidades de que no lo sea, se dará por probada la relación de causalidad entre la negligencia del médico y el daño que se reclama, porque se habrá superado el estándar ordinario de prueba (*more probable than not*). De allí, que la TPCh solo puede ser aplicada en aquellos casos médicos en los que, con la prueba rendida, no se logra superar el estándar ordinario de prueba de la relación causal (50+1)⁷⁸, es decir, en aquellos casos en que las probabilidades de que la negligencia del médico no haya causado el daño sean mayores a las probabilidades de que lo haya causado (entre 0,1 % y 50 %)⁷⁹.

Este acuerdo es uno de los más interesantes de la jurisprudencia estadounidense, pues, como veremos a continuación, uno de los primeros académicos en analizar la figura criticó precisamente esta forma de aplicación de la TPCh. En efecto, Joseph King sostuvo que la correcta aplicación de la teoría obligaba a que se otorgaran de indemnizaciones parciales en todo el espectro de probabilidades (p.e, si el paciente tenía un 60 % de probabilidades de recuperación, solo se le indemnizaba el 60 % del daño)⁸⁰. Sin perjuicio de lo anterior, todos los casos que han sido resueltos por la jurisprudencia mediante la TPCh han tenido menos del 50 % de probabilidades de sanar o sobrevivir al momento de la negligencia, manteniendo la indemnización completa para aquellos casos en los que se supera el estándar de prueba de la causalidad.

⁷⁷ Matsuyama v Birnbaum (2008), p. 20.

⁷⁸ Dormaier v Columbia Basin Anesthesia, P.L.L.C. (2013). En el mismo sentido GEISTFELD (2024), p. 447.

⁷⁹ Esto tiene que ser entendido en el marco del sistema probatorio estadounidense que, aunque no exige como requisito para el éxito de la acción la presentación de un perito que se pronuncie sobre la vinculación causal en el caso específico, en la práctica es necesario para que la acción prospere. Por lo anterior, los juicios médicos estadounidense tendrán siempre un peritaje que se pronuncie sobre las probabilidades de vinculación causal, no en términos generales, sino que en el caso específico. PHILLIPS (2022). Easterling v Kendall (2016) y Coombs v Curnow (2009).

⁸⁰ KING (1981), pp. 1387-1390 y KING (1998), pp. 556-557.

Finalmente, un tercer acuerdo de la jurisprudencia estadounidense es que la indemnización que se da cuando se razona sobre la base de la TPCh no cubrirá el total del daño sufrido, sino que solo una parte de este. Para efectos de cuantificar dicha indemnización, algunas jurisdicciones han dejado establecidos métodos de cálculo. Así, por ejemplo, en *Matsuyama v. Birnbaum* (2008) la Corte Suprema de Massachusetts determinó que la indemnización debía calcularse tomando en cuenta cuatro variables:

- i) el monto a indemnizar si no se hubiese aplicado la pérdida de la chance;
- ii) la probabilidad de sobrevivir anterior a la negligencia;
- iii) la probabilidad de sobrevivir después de la negligencia;
- iv) la diferencia entre la probabilidad que se tenía con anterioridad y posterioridad a la negligencia.

Considerando lo anterior, aunque con una aguda objeción⁸¹, la indemnización por pérdida de la chance se calcula multiplicando el monto que se hubiese otorgado si se hubiese superado el estándar de prueba de la causalidad, por la diferencia entre las probabilidades de sobrevivencia antes y después de la negligencia⁸².

b. La formulación original y la búsqueda por un principio limitador por parte de la academia estadounidense

Como era de esperarse, los académicos estadounidenses no se han mantenido al margen en la discusión sobre la corrección, utilidad y aceptabilidad de la forma en que los tribunales están aplicando la TPCh. Respecto de lo último, un buen punto de partida para comprender el debate sobre la TPCh en el derecho estadounidense es el célebre trabajo que, bajo el título *Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences*, le dedica Joseph King a la TPCh en 1981⁸³. El argumento de este autor se levanta sobre la afirmación de que el sistema de responsabilidad que funciona con un modelo causal de “todo o nada” produce resultados injustos y que, por lo mismo, es necesario reconocer las probabilidades como intereses valorables e indemn-

⁸¹ RHEE (2013), p. 42. Para el autor, si se utilizara la fórmula antes descrita en los casos en los que las probabilidades de sobrevivencia todavía existen, se estaría indemnizando menos que el daño efectivamente causado por el médico en términos proporcionales. Para el autor solo tendría sentido que se utilizara esta fórmula en los casos en que las probabilidades de sobrevivir con posterioridad a la negligencia sean iguales a cero.

⁸² *Matsuyama v. Birnbaum* (2008), p. 840. Esta misma forma de cálculo en: *Perez v. Las Vegas Medical Ctr.*, (1991); *Roberts v. Ohio Permanent Medical Group* (1996) y *McKellips v. St. Francis Hospital, Inc.* (1987). Una excepción a esa forma casi uniforme de cuantificación puede verse en *Smith v. State Dept. Health Hosp.* (1996). En este caso la Corte Suprema de Louisiana utiliza como forma de cálculo de la probabilidad y de la indemnización un método dejado a la discreción del jurado.

⁸³ KING (1981).

zables. Le dirigió una crítica a la aproximación causal con que la jurisprudencia estadounidense había estado incorporando la teoría de la pérdida de la chance en el derecho estadounidense pues, a su juicio, este enfoque llevaría injustificadamente a fraccionar el nexo causal. Según el autor, ese problema se evitaría si se reconociese a la pérdida de la chance como un daño indemnizable⁸⁴.

Aunque el impacto del trabajo de Joseph King es innegable, también fue objeto de una severa crítica. A esa comprensión se le objetó, en primer lugar, que habilitaba indemnizaciones en circunstancias muy especulativas, puesto que, en la mayoría de los casos, los tribunales tienen muy poca evidencia sobre la magnitud real de las oportunidades perdidas. En segundo lugar, se advirtió que su comprensión tenía un problema procesal en tanto que la pérdida de una oportunidad solo podría ser caracterizada como un daño puramente económico (*pure economic loss*), pues habría que entender que el daño que se estaba reparando no era la lesión corporal sino la valoración económica de la expectativa de que no se produjera⁸⁵. Y –precisamente– por lo anterior, se advirtió que era difícil que una acción fundamentada en la pérdida de una oportunidad pudiese cumplir con los requisitos de una acción de daños por negligencia médica, que en casi todos los Estados requiere (por disposición legal o estatutaria) que se haya verificado un daño corporal⁸⁶. Finalmente, en tercer lugar, y ahora desde un punto de vista consecuencialista, se objetó la versión de la TPCh de Joseph King, en tanto que no contenía ningún principio que permitiera limitar su uso⁸⁷.

Respecto de la última de las objeciones, la mayoría de la doctrina estadounidense parece estar de acuerdo: la pérdida de la chance requiere una formulación que permita levantar un criterio general que limite su aplicación a ciertas hipótesis. Esta preocupación se vio, incluso, plasmada en el *Restatement of the Law Third of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (2010) y, según allí se dejó consignado, el hecho de que los tribunales no hayan encontrado los límites apropiados para esta reconceptualización del daño es lo que permite explicar que el desarrollo de la TPCh se haya estancado en los últimos años⁸⁸.

⁸⁴ KING (1981), p. 1353 y ss.

⁸⁵ En este punto, es importante recordar que en el sistema estadounidense la reparación por daño moral o *emotional distress* es una partida que es indemnizada de manera más bien excepcional. En los casos de mala praxis médica con resultado de muerte es la sucesión de la víctima quien demanda, no las víctimas por rebote, por lo que la oportunidad perdida se perfila solo como una ventaja de tipo patrimonial. Véase GREY (2015); en el mismo sentido AMERICAN LAW INSTITUTE (2010), p. 175 y ss.

⁸⁶ Producto de la ola reformista denominada *tort reform*, la mayoría de los Estados de EE.UU. han regulado legislativamente los requisitos y daños de las acciones por mala praxis médica, exigiendo en la mayoría de ellos la verificación de un daño corporal para que proceda la acción de responsabilidad. El movimiento de *Tort Reform* se desarrolló entre los años 1980 y 2000, y tenía como presupuesto principal que en EE.UU. se indemnizaba de manera excesiva a las víctimas de mala praxis médica lo que encarecía las prestaciones de salud. Ahora bien, en los últimos años, se ha criticado con fuerza el movimiento por basarse en un punto de partida erróneo y sin ningún fundamento real. Véase HUBBARD (2006), p. 517 y ss.

⁸⁷ Véase FISCHER (2001), p. 605 y ss.

⁸⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE (2010), pp. 356-357.

Es debido a esa preocupación que, recientemente, algunos autores han propuesto una nueva base de justificación para la aplicación de la pérdida de la chance, contraria al concepto de la chance como bien jurídico protegido. Según Mark Geistfeld, el problema se genera porque la regla de estándar de prueba de la causalidad (*more probable than not*) permite que el médico eluda la responsabilidad a pesar de haber actuado negligentemente, en aquellos casos en los que el paciente tenía menos de 50 % de probabilidades de sobrevivencia antes de su intervención negligente. Esta negación de responsabilidad llevaría, entonces, a la negación del deber del médico de actuar con diligencia en todos aquellos casos en los que el paciente tiene menos probabilidades que el estándar⁸⁹. En vista de lo anterior, y para preservar el deber de actuación diligente de los médicos en caso de pacientes con bajas posibilidad de sobrevida, es que el autor propone justificar la pérdida de la chance como una norma de responsabilidad que tiene como objetivo la preservación del deber⁹⁰. Propone que la regla tradicional de prueba de la causalidad sea modificada, impidiendo que los médicos puedan utilizar la enfermedad de la víctima como prueba exculpatoria de su responsabilidad. En otras palabras, propone prohibir que los médicos negligentes puedan agregar prueba exculpatoria que sostenga que es más probable que la enfermedad del paciente haya causado el daño, que su actuación negligente. Para el autor, esta reconceptualización de la pérdida de la chance permite, por un lado, evitar una alteración del estándar de prueba de la causalidad y, por otro, permite levantar un principio limitador para el uso de la noción⁹¹.

Como hemos podido revisar, los esfuerzos de la doctrina estadounidense están puestos en el desarrollo de una explicación de la TPCh que les permita justificar su aplicación solo en casos excepcionales. No obstante lo anterior, y a pesar de estos esfuerzos por buscar una nueva justificación a la teoría, el texto aprobado en el año 2024 del nuevo *Restatement of the Law Third of Torts: Medical Malpractice*, comienza definiendo la noción como un tipo de daño indemnizable. Así, la §8 sostiene:

“Si un proveedor médico incumple su deber establecido en la §3(a)(1), §3(a)(4), o §14, y el incumplimiento del proveedor reduce significativamente las chances del paciente de un mejor resultado relevante, el paciente logró acreditar un daño legalmente reconocido, por el cuál el proveedor médico es responsable”⁹².

⁸⁹ GEISTFELD (2024), pp. 434-436.

⁹⁰ El autor sostiene que, cuando la existencia del deber se ve amenazada por una regla tradicional del derecho de daños que niega de forma sistemática la responsabilidad en un tipo de caso determinado, la jurisprudencia estadounidense ha modificado la regla o ha hecho una excepción, con el objetivo de preservar el deber. En términos específicos, se da como ejemplo, la indemnización excepcional del puro daño moral (no acompañado por un daño corporal); la excepcional indemnización de los daños puramente económicos (sin daño corporal o a la propiedad) en los casos de negligencias de abogados y de contadores; o la limitación de la defensa de la culpa de la víctima en casos de productos. GEISTFELD (2024), pp. 436-440.

⁹¹ GEISTFELD (2024), p. 440.

⁹² AMERICAN LAW INSTITUTE (2024), Section 8.

En síntesis, en Estados Unidos parece imponerse la idea de que la pérdida de la oportunidad es un daño que solo se puede reclamar cuando el demandante no puede acreditar, de acuerdo con el estándar de probabilidad preponderante, que la negligencia del médico fue la causa fáctica de su daño⁹³. Sin duda, la idea de que los médicos respondan de todo el daño cuando se prueba la causalidad superando el estándar de prueba ordinario (*more probable than not*), y que habilite una condena pecuniaria para cuando no se supera el mismo, se condicen con un sistema de daños que tiene a la función preventiva como uno de sus principios rectores.

II. PÉRDIDA DE LA CHANCE EN *EL CIVIL LAW*: SUBLIMACIÓN Y RECHAZO

A pesar de que la pérdida de la chance es usualmente presentada como una teorización homogénea en las jurisdicciones de la tradición del *civil law*, basta una mirada a algunos de los ordenamientos de esa familia para advertir que existen diferentes comprensiones, y que en algunas de ellas la TPCh⁹⁴ ha sido rechazada de manera contundente⁹⁵.

Un análisis de la forma en que se está discutiendo la TPCh en las dos jurisdicciones del *civil law* que se encuentran en los extremos, servirá para levantar tanto los argumentos de los partidarios de la teoría como los de aquellos que están en su contra. En lo que sigue, analizaremos lo que ha ocurrido con la TPCh en el derecho francés, donde la pérdida de la chance es vista como un producto con denominación de origen así como lo que ha ocurrido con la TPCh en el derecho alemán, donde la teoría ha sido desechada por la doctrina e ignorada la jurisprudencia de los tribunales.

⁹³ AMERICAN LAW INSTITUTE (2024), Section 8, letter a), History, Scope and Support. Los problemas de entender la pérdida de la chance como un tipo de daño indemnizable, tanto desde el punto de vista sistémico como desde el análisis económico, puede verse en SIMONS (2024), pp. 591-599.

⁹⁴ Tan solo por poner un ejemplo de estas disparidades de comprensiones es interesante ver la manera en que han recibido la TPCh dos de las jurisdicciones del *civil law* que de manera reciente han legislado sobre ella. En la mayoría de los ordenamientos del *civil law*, la figura es jurisprudencial, con excepción de Argentina, que la incorporó en el nuevo CCyC, el año 2016. En otros trabajos se refiere a la legislación belga como otro ejemplo de codificación, pero lo cierto es que lo que hizo este proceso fue prohibir la utilización pérdida de la chance principalmente por los problemas de seguridad jurídica y de discrecionalidad que su utilización jurisprudencial generaba, incorporando una solución de causalidad proporcional para los casos de incertidumbre causal. CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS (2023), pp. 107-112.

⁹⁵ Entre aquellos ordenamientos europeos que rechazan la utilización de la teoría: Alemania, Austria, Grecia, Escocia, Noruega, Estonia, y Lituania. Para un estudio comparado sobre la materia, véase WINNINGER, KOZIOL & ZIMMERMAN (2007), p. 589.

1. La TPCh en el derecho francés: *un préjudice de substitution para un problema causal*

Cuando nos detenemos ante la *perte de la chance*, no se puede discutir que estamos ante una auténtica “curiosidad francesa”⁹⁶. En perspectiva histórica, algunos autores sostienen que el primer reconocimiento jurisprudencial de la teoría se dio en el fallo de la Corte de Casación francesa de 1889, en el que la negligencia de un ujier impidió la presentación de un recurso judicial. Sin embargo, en opinión de François Chabas, dicha decisión solo tendría alguna referencia implícita a la noción de probabilidades⁹⁷. Según este autor, la TPCh fue propiamente recibida en un fallo de la *chambre des requêtes* de 1932⁹⁸, que resolvió una demanda contra un notario cuya actuación hizo perder a sus clientes la oportunidad de adquirir el dominio de un inmueble. Desde entonces, la idea de la pérdida de la chance u oportunidad ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina francesa, aunque no ha encontrado consagración legislativa⁹⁹.

a. La TPCh en la jurisprudencia francesa: un remedio de amplio espectro

Conviene partir por advertir que la aproximación dominante en la jurisprudencia francesa comprende la pérdida de una chance como un tipo de daño indemnizable, sin perjuicio de que existe un destacado sector de la doctrina que reconoce que la pérdida de la chance “conciene tanto al daño como al vínculo de causalidad”. Dentro del referido sector, ha señalado Mireille Bacache, que frente a la incerteza causal entre el daño final (cierto y actual) y la culpa cometida por el agente:

“la jurisprudencia ha invocado un ‘*préjudice de substitution*’, distinto del daño final, a saber, la pérdida de oportunidad de evitar éste. La *chance* tiene un valor en sí, y su pérdida puede ser analizada como un daño. De esta mane-

⁹⁶ JOURDAIN (2011).

⁹⁷ CHABAS (1996), p. 227.

⁹⁸ CHABAS (2000), p. 2. Cour de Cassation (1932), p. 387. En una tesis doctoral reciente, VITALE (2020), p. 17, identifica como el primer caso el del *hussier de justice* (receptor judicial) fallado por la Cour d’Appel Grenoble, (1875), p. 1876. Lo que parece discutir la doctrina francesa es si el reconocimiento de la *perte de chances* debería situarse cuando se hizo alusión a la indemnización del perjuicio como tal, o cuando se empezó a teorizar sobre las *chances* en el derecho privado.

⁹⁹ A la fecha solo existe una mención en el anteproyecto de reforma al derecho de la responsabilidad extracontractual presentado el año 2017. En el art. 1238 de dicho proyecto se expresa: “Sólo constituye una pérdida de oportunidad reparable la desaparición actual y segura de una posibilidad favorable. Este perjuicio debe medirse en función de la oportunidad perdida y no puede ser igual a la ventaja que habría proporcionado dicha oportunidad si se hubiera materializado”. “Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d’une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l’avantage qu’aurait procuré cette chance si elle s’était réalisée”.

ra, este nuevo daño está en relación de causalidad cierta con la culpa cometida”¹⁰⁰.

En la jurisprudencia francesa, el referido *préjudice de substitution* tiene sus propios requisitos: se dice que la pérdida de la chance debe ser cierta, seria y dependiente del daño final¹⁰¹. Se sostiene que debe ser cierta (real) tanto la oportunidad¹⁰² como la pérdida total de la misma¹⁰³. Respecto a la seriedad, sin perjuicio de que gran parte de la doctrina francesa sostiene que las probabilidades deben ser de un grado significativo¹⁰⁴, parece que la jurisprudencia ha entendido que “toda pérdida de la chance da derecho a reparación”¹⁰⁵. Y, respecto a la dependencia del daño final, debe advertirse que la evolución de la jurisprudencia francesa ha terminado por rechazar la tesis de la autonomía del perjuicio. De allí que, en la última edición del *Tratado* de Jacques Ghestin, Geneviève Viney, Patrice Jourdain y Suzanne Carval han constatado que al tratarse de un “sustituto del perjuicio final, conserva la característica del perjuicio al cual reemplaza”¹⁰⁶.

Además de los requisitos referidos en el párrafo precedente, la preexistencia de una “situación aleatoria” es percibida por el derecho francés como la piedra angular de la figura¹⁰⁷. En ese sentido, se ha sostenido que el alea constituye “el cursor que permite circunscribir el campo de aplicabilidad de la pérdida de la chance”¹⁰⁸; que la chance se basa en la “presencia de factores aleatorios”¹⁰⁹ o que “se caracteriza por una cierta dosis de alea”¹¹⁰.

¹⁰⁰ BACACHE (2021), pp. 445-446.

¹⁰¹ VINEY, JOURDAIN et CARVAL (2014), pp. 140-141.

¹⁰² GUÉGAN-LECUYER (2013), p. 15.

¹⁰³ Por todos: VINEY, JOURDAIN et CARVAL (2014), pp. 140 y 141. En la jurisprudencia véase: Cour de Cassation (Civ.) (2001); Cour de Cassation (Civ.) (1995b); Cour de Cassation (Civ.) (1996a); Cour de Cassation (Civ.) (1996b); Cour de Cassation (Civ.) (2004); Cour de Cassation (Civ.) (2006); Cour de Cassation (Civ.) (2007b); Cour de Cassation (Civ.) (2007c); Cour de Cassation (Civ.) (2009b); Cour de Cassation (Crim.) (2010).

¹⁰⁴ BACACHE (2021), p. 458.

¹⁰⁵ En este sentido véase: Cour de Cassation (Civ.) (2013a); Cour de Cassation (Civ.) (2016b); Cour de Cassation (Civ.) (2020). A pesar de existir algunos pronunciamientos de la misma Corte de Casación en los que se exigía que la oportunidad fuera seria para indemnizarse (Cour de Cassation (Civ.) (2014a); Cour de Cassation (Civ.) (2014c), la postura mayoritaria sigue siendo que la pérdida de cualquier oportunidad da derecho a una indemnización.

¹⁰⁶ VINEY, JOURDAIN et CARVAL (2014), p. 147. En el mismo sentido véase: BACACHE (2021), p. 464. Además, según la jurisprudencia: (1) si el daño final se agrava entonces se justifica un aumento de la indemnización por pérdida de la chance. Véase: Cour de Cassation (Civ.) (1989a); (2) la indemnización de la oportunidad siempre será una parte del daño final. En este sentido: Cour de Cassation (Civ.) (2000); Cour de Cassation (Civ.) (1997); y Conseil d'État (2000) y cómo no trata de un daño autónomo, siempre procederá la condena *in solidum*. Véase: Cour de Cassation (Civ.) (2011a).

¹⁰⁷ Cour de Cassation (Civ.) (1985a).

¹⁰⁸ Cour de Cassation (Com.) (1993).

¹⁰⁹ Cour de Cassation (Crim.) (1993).

¹¹⁰ Cour de Cassation (Civ.) (2010b); Cour de Cassation (Com.) (2014b); Cour de Cassation (Civ.) (2016a). Este criterio también ha sido reconocido por la doctrina, por ejemplo, por: BORÉ (1974), p. 2620; VINEY, JOURDAIN et CARVAL (2014), p. 135 y ss.; MINET (2014), p. 36 y VITALE (2020), p. 114.

Otra nota característica de la regulación que la jurisprudencia le ha ido dando a la figura, es que la cuantía de la indemnización “debe medirse en función a la oportunidad perdida, y no puede ser igual al beneficio que habría proporcionado esa oportunidad si se hubiera concretado”¹¹¹. Para poder realizar esta operación, los tribunales aplican un cálculo de probabilidades: mientras más alta sea la probabilidad de obtener la ganancia o evitar el resultado, más cerca se encontrará el monto a la indemnización que se hubiese conseguido por el daño final¹¹².

En cuanto al ámbito de aplicación que se le reconoce, puede decirse que su uso inicial vinculado con reclamos por pérdidas patrimoniales (pérdida de chance de ganar un proceso judicial¹¹³, de obtener una promoción profesional¹¹⁴, de ganar una competencia¹¹⁵, etc.), dio paso a reclamos por pérdida de una chance de sanar o sobrevivir, a mediados de la década de 1960. A partir de entonces, con una notable excepción en casos de ruptura de tratativas preliminares¹¹⁶, la TPCh se ha empleado en las más diversas áreas. Así, tan solo por poner algunos ejemplos de entre muchos, la jurisprudencia ha otorgado indemnizaciones por la pérdida de la chance: de sobrevida¹¹⁷, de tomar una decisión en materia médica¹¹⁸, de concluir o de no concluir un contrato¹¹⁹, de recuperar una caución¹²⁰, de obtener la devolución de un crédito¹²¹, de obtener el cumplimiento de obligaciones familiares¹²², de obtener ganancias por el incumplimiento de obligaciones de información fuera del ámbito médico¹²³, etcétera.

Sin perjuicio de lo anterior, en la actualidad, no hay duda de que es respecto de los reclamos por negligencias médicas donde la TPCh es más intensamente

¹¹¹ Cour de Cassation (Com.) (2009).

¹¹² Esta aproximación puede verse en CHABAS (1996), p. 241 y ss. Dicha opinión es confirmada en los trabajos posteriores CHABAS (2000), pp. 1417-1418. Esta precisión importa porque algunos trabajos nacionales han sostenido que el autor avalaría una estimación prudencial de las probabilidades. Cfr. RÍOS y SILVA (2014), pp. 272-273.

¹¹³ Por ejemplo, véase: Cour de Cassation (Civ.) (1889); Cour de Cassation (Civ.) (2007d) y Cour de Cassation (Civ.) (2010a); Cour de Cassation (Civ.) (2007a) y Cour de Cassation (Civ.) (2011c).

¹¹⁴ Cour d'Appel de Limoges (1995); Cour de Cassation (Crim.) (1970); Cour de Cassation (Crim.) (1983); Cour de Cassation (Civ.) (1985b); Cour de Cassation (Civ.) (1992a); Cour de Cassation (Civ.) (1992b) y Cour de Cassation (Civ.) (2005).

¹¹⁵ Cour de Cassation (Civ.) (1973) y Cour de Cassation (Crim.) (1990).

¹¹⁶ BACACHE (2021), p. 452.

¹¹⁷ Cour de Cassation (Civ.) (2010c).

¹¹⁸ Conseil d'État (2008); Conseil d'État (2007b); Conseil d'État (2013b); Conseil d'État (2013a); Cour de Cassation (Civ.) (2012).

¹¹⁹ Cour de Cassation (Civ.) (1963); Cour de Cassation (Com.) (1979); Cour de Cassation (Com.) (1996); Cour de Cassation (Com.) (2009).

¹²⁰ Cour de Cassation (Civ.) (1995a).

¹²¹ Cour de Cassation (Civ.) (1975).

¹²² Cour de Cassation (Civ.) (1998); Cour de Cassation (Civ.) (1989b); Cour de Cassation (Crim.) (2000).

¹²³ Cour de Cassation (Civ.) (1990); Conseil d'État (2000); Cour de Cassation (Com.) (2009); Cour de Cassation (Civ.) (2009a); Cour de Cassation (Com.) (2014a); Cour de Cassation (Civ.) (2014b); Cour de Cassation (Civ.) (2013b); Cour de Cassation (Civ.) (2019).

utilizada por la jurisprudencia¹²⁴. En ese ámbito, se ha estimado que la indeterminación de la causa del deceso de un paciente no impide reparar la pérdida de una chance de sobrevivida, si se acredita una culpa en el diagnóstico. Por lo anterior, algunos autores han empezado a hablar de *l'indemnisation d'une perte de chance au carré* o, lo que es lo mismo, la indemnización de una “pérdida cierta” de una “chance incierta”¹²⁵. Y, en ese mismo sentido, la jurisprudencia ha llegado a ordenar la reparación de “la sola pérdida de la chance de retardar el término fatal que conllevaba la enfermedad, y de tener un fin de la vida menos doloroso”¹²⁶.

b. La TPCh en la doctrina francesa:
de la mera descripción a la crítica contemporánea

Si examinamos con detenimiento la doctrina francesa, se pueden identificar dos formas de aproximaciones a la cuestión. Así, por un lado, podemos observar una doctrina representada por la manualística clásica que valida de manera acrítica el uso de la TPCh al simplemente describir –a propósito del requisito de certeza del daño–, los diversos casos en los que la jurisprudencia la ha aplicado¹²⁷. Y, por otro lado, podemos advertir un sector de la doctrina que adopta una posición más crítica. Este último sector podemos subdividirlo en dos grupos (dualistas y unitarios), según si el autor de que se trate sostiene que existen dos formulaciones de la TPCh (una correcta o verdadera, y otra incorrecta o falsa); o que solo existe una formulación posible.

244

Así, dentro de los dualistas, René Savatier sostenía que se debía aislar aquellas hipótesis en la que la figura operaba como una forma de *bypassear* la exigencia causal¹²⁸ y François Chabas sostenía que la correcta formulación de la teoría requería que, con anterioridad a la negligencia médica, el paciente no tuviese más que posibilidades de sobrevivida (porque habría concurrido en estado de supervivencia)¹²⁹. Por su parte, dentro de los unitarios, autores como Jacques Boré, Alice Minet, Olivier Deshayes y –recientemente–, Hugo Meral, rechazan la distinción entre casos verdaderos y falsos¹³⁰. Para estos autores, existe una unidad funcional

¹²⁴ VINEY, JOURDAIN et CARVAL (2014) p. 135.

¹²⁵ BORGHETTI (2011), p. 195.

¹²⁶ Cour de Cassation (Civ.) (2011b). En este caso, la Corte, incluso, aceptó la presunción de la existencia de la *perte de chance*, a partir de la comprobación de la culpa del médico.

¹²⁷ LALOU (1928), p. 43; MAZEAUD et MAZEAUD (1931), p. 232 y ss; PIRSON et DE VILLÉ (1935), p. 404.

¹²⁸ SAVATIER (1970), p. 123.

¹²⁹ CHABAS (1991), p. 133. Sostiene que la jurisprudencia confunde la verdadera y la falsa teoría porque en ambos supuestos existe incertidumbre causal, diferenciándose solo con respecto al origen de esta incertidumbre. Para François Chabas, la noción se aplicaría solo a casos en que el paciente, al concurrir al médico, esté en una situación de “sobrevivencia”. Por el contrario, cuando el paciente no se encuentra en un riesgo de muerte en el mediano plazo, no puede hablarse un álea y, por lo tanto, tampoco de pérdida de la chance. En el mismo sentido, pero fijando como criterio de distinción los casos verdaderos o falsos de álea véase VITALE (2020), p. 137.

¹³⁰ BORÉ (1974), p. 13 y ss. DESHAYES (2009), p. 1032. En el mismo sentido, MINET (2014), p. 105 y ss. y MERAL (2024), p. 217 y ss.

y conceptual entre los denominados casos de verdadera y falsa chance. En primer término, existiría una unidad funcional, toda vez que la pérdida de la chance apunta a solucionar un problema único: la incertidumbre causal o, en otras palabras, la imposibilidad de responder a la pregunta por la verificación del beneficio esperado, en ausencia de la culpa del demandado¹³¹. En segundo término, existiría una unidad conceptual, pues no se puede hablar de un perjuicio por “pérdida de la chance” de tipo autónomo, ya que este “perjuicio” siempre dependerá del perjuicio final¹³².

En la actualidad, podemos observar un renovado interés académico por la TPCh¹³³. Los estudios más recientes han adoptado una actitud aún más crítica respecto de la teoría y, no hay duda, de que el cuestionamiento más recurrente que se le dirige tiene relación con la desmesurada expansión del ámbito de aplicación que ha experimentado. En ese contexto, autores como Laura Vitale, han sostenido:

“si admitimos un significado tan flexible del prerequisite de un álea, cualquier daño sufrido consistiría siempre en la simple pérdida de posibilidades de evitarlo, pero nunca en el daño concretamente sufrido”¹³⁴.

Por su parte, también se ha criticado su utilización como una forma de aligerar la carga probatoria del vínculo causal del demandante¹³⁵ y, finalmente, en un trabajo doctoral de muy reciente publicación, se ha acusado la existencia de una “extrema inestabilidad” en el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la base teórica del concepto *perte de la chance*. Más aún, en el referido trabajo se sostuvo que la doctrina francesa no ha resuelto algunas de las preguntas básicas que son necesarias para una formulación racional de la teoría¹³⁶. Y en otra tesis doctoral, –aún más reciente–, se ha reconocido que la TPCh siempre operaría como un instrumento para paliar la incertidumbre causal (tanto en casos de “verdadera” como de “falsa” chance), y que la circunstancia de que el derecho francés carezca de un apropiado desarrollo de la causalidad, es lo que ha llevado a que los problemas causales sean tratados en sede de daño¹³⁷.

¹³¹ MINET (2014), p. 105 y ss. y MERAL (2024), p. 210 y ss.

¹³² MERAL (2024), p. 210.

¹³³ MINET (2014); VITALE (2020) y MERAL (2024). Las tres publicaciones tienen su origen en tesis doctorales.

¹³⁴ VITALE (2020), p. 137. En este mismo sentido Jean-Sébastien Borghetti ha sostenido: “al recorrer la jurisprudencia se tiene la impresión de que los litigantes invocan la pérdida de una oportunidad casi como un ritual, como si [casi siempre] hubiera allí una *perte de chance*, incluso débil, de la cual pueden prevalerse, comprendiendo los casos cuando las condiciones de un «verdadero» daño o perjuicio no se han reunido”. BORGHETTI (2013), p. 3.

¹³⁵ VINEY, JOURDAIN et CARVAL (2014), p. 135.

¹³⁶ MERAL (2024), p. 405 y ss.

¹³⁷ KAHN (2025), pp. 330-352.

2. La TPCh en el derecho alemán: crónica del rechazo de una teoría

Así como la TPCh ha encontrado aplicación en algunas jurisdicciones de la tradición del *civil law*, en otras importantes jurisdicciones de esa misma familia ha sido rechazada, tanto jurisprudencial como doctrinariamente. Esto es lo que ha ocurrido con la teoría en Alemania, y en otras jurisdicciones que integran el llamado círculo de derecho germánico¹³⁸. Dado que en los referidos ordenamientos existe acuerdo respecto de que la pérdida de la chance es una teoría que resuelve un problema causal (incertidumbre), y que gran parte del sistema conceptual de la causalidad que integra la actual teoría de la responsabilidad fue desarrollado por juristas germanos, resulta de gran interés analizar las razones de su resistencia y las soluciones que ofrece el derecho alemán a los problemas que en otros ordenamientos se han enfrentado haciendo uso de alguna versión de la TPCh.

- a. La jurisprudencia alemana frente a la incertidumbre causal:
los mecanismos probatorios alternativos a la TPCh

Respecto del tema de la rúbrica, conviene partir haciendo presente que, aunque algunos autores alemanes, como Gerald Mäsch, se han mostrado favorables a incorporar la figura¹³⁹, la generalidad de la doctrina alemana parece conforme con su proscripción¹⁴⁰. En términos generales, las razones para el rechazo provienen de ciertos rasgos característicos del sistema de responsabilidad civil alemán, que tienen relación con la forma de protección que se les da a ciertos intereses jurídicos; con la fuerte exigencia probatoria que le depara a la relación de causalidad (“todo o nada”)¹⁴¹; y con su funcionamiento sobre la base de un estándar de prueba análogo o cercano al estándar “más allá de toda duda razonable”¹⁴². En términos particulares, la resistencia a utilizar la TPCh para resolver los dos grandes tipos de caso a los que se aplica la figura en otras jurisdicciones (pérdida de ganancias futuras y pérdida de posibilidad de sanar o sobrevivir), tiene que ver con la forma en que se comprende el lucro cesante en el derecho alemán, y con la incorporación de mecanismos alternativos que facilitan la prueba del vínculo causal en supuestos normalmente problemáticos.

¹³⁸ Entre aquellos ordenamientos europeos que rechazan la utilización de la teoría: Alemania, Austria, Grecia, Escocia, Noruega, Estonia, y Lituania. Para un estudio comparado sobre la materia, véase WINNINGER, KOZIOL & ZIMMERMAN (2007), p. 589.

¹³⁹ MÄSCH (2004). Entre otros autores alemanes que, recibiendo la influencia de la doctrina inglesa y francesa, se han manifestado a favor de incorporar la figura de la pérdida de la chance, pueden verse: MERTENS (1967), p. 151 y ss.; JANSEN (1999), p. 292 y ss. y FLEISCHER (1999), p. 766 y ss.

¹⁴⁰ MÖLLER (1937), p. 214 y ss.; MÜLLER-STOY (1973), p. 227 y ss.; KASCHE (1999), p. 271 y ss.; MÜLLER (2002), pp. 121-133 y BOLKO (2013), pp. 10-16.

¹⁴¹ STOLL (1968), p. 41; MÜLLER (2002), p. 124.

¹⁴² STAUCH (2008), p. 84.

i) Las razones para el rechazo en casos económicos
y los mecanismos probatorios alternativos

Respecto de los casos vinculados con pérdidas de ganancias económicas (concurso, juicios en contra de abogados, etc.), el problema consiste en determinar si, de no haber mediado la negligencia, el demandante hubiera obtenido, en un futuro hipotético, la ganancia que había proyectado obtener. De allí que, en los ordenamientos en que la indemnización de estos lucros cesantes tropiezan con una fuerte exigencia probatoria, la TPCh proporciona una vía argumental que permite conceder la demanda sin afectar –aparentemente–, la referida exigencia: a través de la TPCh se podrá afirmar que, si bien tenemos dudas (no hay certeza) de que, sin la negligencia, se hubiera obtenido la ganancias proyectada; no hay dudas (hay certeza) de que mediante la negligencia se perdió la probabilidad que teníamos de obtenerla.

El derecho alemán resuelve este problema, en los casos de pérdidas económicas futuras, introduciendo un criterio que permite otorgar una indemnización sin tener por cierto lo que ocurrirá en el futuro (el §252 del *BGB* solo exige que la ganancia pueda ser verosímilmente esperada), al tiempo que se le otorga discrecionalidad a los jueces para fijar el *quantum* indemnizatorio cuando las partes discrepan sobre ese punto (§ 287 del *ZPO*). De ahí que se puede afirmar que el derecho alemán no exige tener por cierto que la ganancia hipotética se hubiese obtenido (basta la simple verosimilitud); y ello sería una de las razones que permite explicar por qué ese ordenamiento no ha necesitado recurrir a la TPCh¹⁴³.

En ese contexto, se le ha prestado especial atención a los casos de responsabilidad por negligencia de abogados, distinguiendo aquellos casos en los que la negligencia se produce en la asesoría del cliente, de aquellos en los que la negligencia se produce durante la tramitación del procedimiento¹⁴⁴.

En el primer tipo de casos, se trata de asesorías extrajudiciales como, por ejemplo, la negociación de las cláusulas de un contrato en la que la negligente asesoría de un abogado privó al cliente de la posibilidad de pactar términos más beneficiosos. En esos casos, el problema causal se genera porque no se sabe cómo habría actuado el cliente de haber sido asesorado de manera correcta por su abogado, esto es, no se sabe si habría incorporado o no la cláusula que le habría beneficiado¹⁴⁵. En la práctica, se ha sostenido que solo se indemnizará al cliente si logra acreditar que hubiera seguido el consejo correcto, de acuerdo con el estándar del “cliente razonable”¹⁴⁶.

Por el contrario, el segundo tipo de casos tiene relación con negligencias en la tramitación de procedimientos judiciales o administrativos como, por ejem-

¹⁴³ MÜLLER-STOY (1973), p. 136; JANSEN (1999), p. 291; FLEISCHER (1999), p. 768.

¹⁴⁴ MÄSCH (2004), pp. 76-116; BOLKO (2013), pp. 371-414.

¹⁴⁵ MÄSCH (2004), p. 104.

¹⁴⁶ Para Gerald Mäsch la utilización de este criterio importa una reducción encubierta del estándar de prueba de la causalidad, bajando la exigencia de certeza a razonabilidad. MÄSCH (2004), pp. 105-107.

plo, cuando el abogado no presentó el recurso dentro del plazo establecido para interponerlo. En esos casos, el problema causal reside en que no se sabe si, de haberse interpuesto de manera correcta y en plazo, el recurso hubiese prosperado. Ante este problema, el derecho alemán se ha decantado por una solución similar a la que se observa en varios estados de EE.UU., esto es, el llamado “juicio dentro del juicio”. Esta solución deriva del principio del derecho alemán según el cual el tribunal tiene la obligación de llegar a “la decisión correcta” (*richtigen Entscheidung*). La base de esta solución es que no existen razones para indemnizar a un cliente si hubiese perdido el recurso, incluso, de haber sido presentado a tiempo. En esos casos, para que sea procedente la indemnización, el cliente debe demostrar que la pretensión/recurso hubiese sido acogida por un tribunal, sobre la base de los argumentos de hecho y de derecho que tenía a su disposición¹⁴⁷.

(ii) Las razones del rechazo en casos médicos
y los mecanismos probatorios alternativos

Respecto de los casos que se refieren a la pérdida de probabilidades de sanar o sobrevivir, es importante partir por advertir que la responsabilidad médica es comprendida, generalmente, como un subtipo de responsabilidad contractual. En este subtipo de casos, el problema consiste en acreditar si la negligencia del médico causó el daño reclamado, lo que requiere determinar si el daño se habría producido de igual manera, de haber actuado el médico de manera diligente. Como podemos imaginar, la afirmación de la causalidad mediante el referido juicio hipotético resulta especialmente compleja en ordenamientos que, como el alemán, funcionan basado en un estándar probatorio alto (que requieran despejar cualquier duda al respecto)¹⁴⁸.

Como ya hemos visto, es en esos casos en los que la TPCh proporciona una vía argumental que permite conceder una indemnización sin afectar –aparentemente–, la exigencia de certeza de estos ordenamientos: se dirá que no estamos seguros si la negligencia del médico causó el daño (agravamiento de la salud o muerte), pero sí podemos tener por cierto que fue la causa de que el paciente perdiera probabilidades de mejorar o sobrevivir. No obstante lo anterior, el derecho alemán resuelve el problema sobre la base de tres mecanismos que sirven para facilitar la prueba del demandante: la inversión de la carga de la prueba de la causalidad en caso de negligencia grave (*grober* o *schwer Behandlungs-Jehlerio*); la rebaja del estándar de prueba de la llamada causalidad secundaria (*haffungs ausfüllend*) y la facultad de los jueces de requerir asesorías e informes de expertos¹⁴⁹.

El mecanismo de la inversión de la carga de la prueba o de presunción de la causalidad en casos de negligencia grave (*grober* o *schwer Behandlungs-Jehlerio*) se

¹⁴⁷ MÄSCH (2004), pp. 78-90.

¹⁴⁸ BGH (1993), p. 937. En este sentido: STAUCH (2008), p. 84 y JANSEN (1999), p. 276.

¹⁴⁹ STAUCH (2013), p. 193. En el mismo sentido véase MÄSCH (2004), pp. 32-65 y BOLKO (2013), pp. 149-174.

consolidó en la jurisprudencia desde fines de la década de 1960¹⁵⁰, y se consagró legislativamente en el *BGB* en la reforma del año 2013. Así, según el § 630H:

“(5) Si existe un error médico grave y es, en principio, adecuado para provocar un daño a la vida, el cuerpo o la salud del tipo que realmente se ha producido, se presume que el error de tratamiento fue la causa de esta lesión. Esta regla también se aplica si el médico tratante no diagnostica a tiempo o no deja constancia de los datos que obtenga tras examinar al paciente, en la medida en que el conocimiento de estos datos hubiese llevado –con un grado suficiente de probabilidades– a que se tomaran medidas adicionales en el tratamiento del paciente, en aquellos casos en que la omisión de medidas adicionales en el tratamiento se consideren negligencia médica grave”.

Aunque se discute el fundamento de esta presunción, algunos autores la justifican bajo el presupuesto de que existe una relación directamente proporcional entre la gravedad de la negligencia y la existencia de la relación de causalidad o en el hecho de que, en ocasiones, la gravedad de la culpa hace imposible o difícil reconstruir la cadena causal de los acontecimientos¹⁵¹. Un ejemplo paradigmático de la inversión de la carga de la prueba se puede apreciar en un caso que resolvió la Corte de Apelaciones de Colonia en 1990. En los hechos, los médicos erraron en el diagnóstico de una encefalitis herpética, administraron de manera tardía el tratamiento, y el paciente resultó con lesiones permanentes. Un informe de un experto indicó que alrededor del 50 % de los pacientes tratados de forma oportuna sobreviven a la enfermedad sin secuelas. El tribunal consideró que esta información no era suficiente para establecer la relación de causalidad, porque “la causalidad sólo se demuestra cuando hay una probabilidad tan alta que, las dudas guardan silencio, sin descartarlas por completo”. Sin embargo, también consideró que la falta de diagnóstico constituía una negligencia grave de los médicos tratantes y, por lo mismo, presumió la causalidad entre la negligencia y los daños, y condenó a los médicos a reparar la totalidad de los daños¹⁵².

Respecto del mecanismo de la rebaja del estándar de prueba, se trata de una construcción jurisprudencial que permite rebajar el estándar que de manera habitual

¹⁵⁰ En Alemania no existe una definición conclusiva de qué es lo que se debe entender por negligencia grave. KATZENMEIER (2002), pp. 441-442. Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido que debe tratarse de un error que, tomando en consideración el entrenamiento y habilidades que objetivamente son esperadas de los doctores, no sea comprensible. Véase: BGH (1983). Con respecto a los casos de error de diagnóstico se ha sostenido que se comete una negligencia grave cuando existe un error fundamental o cuando no se realizaron las pruebas diagnósticas correspondientes, ya que los tribunales han tratado negligencias graves puramente hipotéticas como suficientes para modificar la carga de la prueba de la causalidad. MARTIS (2009), p. 1085; BGH (2004).

¹⁵¹ WILBURG (1941), p. 74; BYDLINSKI (1964), p. 893 y ss. y DEUTSCH (1991), p. 195. Una justificación a la inversión de la carga de la prueba en casos de culpa grave en los casos médicos, fundamentada en los deberes sustantivos del médico y el efecto de prevención que esta inversión tiene en los casos de negligencia grave puede verse en BOLKO (2013), pp. 332-350.

¹⁵² OLG (1990), pp. 463-464. Un caso similar puede verse en BGH (1968), p. 291 y ss.

utiliza la jurisdicción alemana (algo cercano al “más allá de toda duda razonable”) y aplicar un estándar más cercano al “balance de probabilidades o probabilidad preponderante”, que estaría contenido en el §287 del ZPO. Como podemos apreciar, la jurisprudencia amplió el supuesto de hecho al que inicialmente se aplicaba el estándar atenuado consignado en el §287 del ZPO (cuantificación de perjuicios), incluyendo la determinación de la relación de causalidad. Para lo anterior, distinguió entre una relación de causalidad primaria (*haftungsbegründende*), que debe darse entre la acción u omisión y la lesión del bien jurídico protegido, que se acreditará mediante el estándar ordinario contenido en el §286 del ZPO; y una relación de causalidad secundaria (*haftungs ausfüllend*), que debe darse entre la lesión de un bien jurídico protegido y el daño, que se acreditará mediante el estándar más laxo contenido en el §287 del ZPO¹⁵³.

Un buen ejemplo de lo anterior, se dio en un caso decidido por el *Bundesgerichtshof* en 1978. En los hechos, una paciente desarrolló una reacción alérgica a consecuencia del contacto con el desinfectante que se usó en la cesárea que se le practicó. La reacción alérgica le produjo un síndrome de shock tóxico que, a su vez, le ocasionó una falla renal, que la dejó con problemas sensoriales permanentes. El hospital demandado argumentó que la causa del shock tóxico fue una infección producida de forma natural; que no se debía a la reacción alérgica que le generó el contacto con el desinfectante. El tribunal consideró que se había acreditado la causalidad primaria (la conexión entre el desinfectante y la reacción alérgica), y que la conexión entre la reacción alérgica y el shock tóxico correspondía a una causalidad secundaria. Por esto último, el tribunal estimó que la causalidad se debía probar utilizando el estándar atenuado del §287 del ZPO¹⁵⁴. Aunque la solución adoptada parece ser una buena forma de equilibrar, en casos como el referido, el alto estándar de prueba que normalmente exige el derecho alemán, la doctrina especializada considera que esta vía está más bien en retirada; y que el derecho alemán tiene una preferencia por la solución que implica una presunción o una inversión de la carga de la prueba en casos de negligencia grave¹⁵⁵.

Un último mecanismo del que se vale el derecho alemán para facilitar la posición probatoria de la víctima en casos médicos se articula a través de la facultad que tienen los tribunales para requerir informes de expertos para que los ilustren sobre los hechos y sus complejidades técnicas. Esta herramienta, aunque se trata de informes no vinculantes, es de gran ayuda para despejar las dudas que el juez pueda tener sobre las relaciones que median entre las acciones y omisiones de los médicos y los daños que se reclaman¹⁵⁶.

¹⁵³ AKKERMANS (1997), p. 161; STAUCH (2008), p. 85. BGH (1999), p. 509.

¹⁵⁴ BGH (1962), p. 67. En el mismo sentido: BHG (1978), p. 1683.

¹⁵⁵ KATZENMEIER (2002), p. 429; STAUCH (2008), pp. 85-86.

¹⁵⁶ STAUCH (2013), p. 193.

b. El debate en torno a la TPCh
en la doctrina alemana contemporánea:
de la crítica a la reafirmación de los mecanismos
probatorios alternativos

Cuando se analiza el estado del debate sobre la TPCh en el derecho alemán, sorprende la escasa atención que la doctrina le ha prestado a este tópico en los últimos años. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en la otra jurisdicción del *civil law* que hemos analizado (Francia), en el derecho alemán prácticamente no se pueden encontrar referencias bibliográficas sobre la TPCh en los últimos diez años¹⁵⁷; la TPCh no está en ebullición aquí. Parece que los mecanismos de facilitación de la prueba de la relación de causalidad que se han implementado en el derecho alemán desde fines de la década de 1960 han habilitado una solución que ha

“impedido que exista interés en otorgar indemnizaciones parciales con fundamento en la pérdida de la chance, como una forma de dar respuesta a los problemas de incertidumbre causal”¹⁵⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, existen algunas voces críticas de las soluciones que el sistema alemán le da a los problemas causales, sobre todo en los casos de responsabilidad médica¹⁵⁹. Uno de sus principales críticos es Gerald Mäsch, quien sostiene que estas herramientas generan problemas de desigualdad de trato entre las distintas profesiones y que, a su vez, son insatisfactorias desde el punto de vista de la solución de fondo que entregan. Con respecto al primer punto, el autor niega que existan razones válidas para sostener que los médicos deban someterse a normas distintas a las que rigen otras profesiones liberales, cuestionando que la relación médico-paciente sea distinta a cualquier relación contractual de prestación de servicios¹⁶⁰.

Con respecto al segundo punto (solución de fondo), el autor entiende que la solución de fondo que entrega el derecho alemán es insatisfactoria por dos razones. En primer lugar, porque la inversión de la carga de la prueba que estaba

¹⁵⁷ En los últimos diez años se pueden encontrar solo algunas referencias que confirman el rechazo del derecho alemán a la TPCh en trabajos como el de KATZSENMEIR und JANSEN (2016) y el de STEINER (2021). Si ampliamos el periodo a los últimos veinte años no aumenta significativamente el número de trabajos, pero sí aparecen las dos monografías que se le han dedicado a la TPCh en el derecho germano: MÄSCH (2004) y BOLKO (2013).

¹⁵⁸ En este sentido, STAUCH (2013), p. 196. De esta situación también dan cuenta autores que son partidarios de incorporar la TPCh en el derecho germano como JANSEN (1999), pp. 277-279. El referido autor reitera su parecer respecto del estado de la cuestión en el derecho alemán en INFANTINO & ZERVOGLIANNI (2016), pp. 565-567.

¹⁵⁹ En este sentido véase MÄSCH (2004) y JANSEN (1999). Este último autor plantea que la solución de pérdida de la chance parece una solución más “equilibrada”, insinuando que la falta de reconocimiento de este “tipo de daño” podría significar una infracción constitucional. JANSEN (1999), pp. 292-293.

¹⁶⁰ MÄSCH (2004), pp. 119-121.

llevando adelante la jurisprudencia en casos de negligencia grave sería contraria al sistema alemán, y no existiría una justificación válida para apartarse de la regla general (la relación médico-paciente no es distinta a cualquier otro servicio), por lo que es inaceptable en términos teóricos. En segundo lugar, la solución sería insatisfactoria, pues la distinción entre negligencia grave y otros tipos de negligencia no sería clara, y provocaría una serie de resultados poco predecibles y azarosos. Finalmente, a juicio del autor, la distinción entre causalidad primaria y secundaria es arbitraria y, por lo mismo, genera una serie de resultados no predecibles y azarosos, al igual que la presunción por negligencia grave¹⁶¹.

En síntesis, en opinión de Gerald Mäsch, las reglas que se están utilizando para resolver los problemas causales en los casos médicos tienen como resultado una solución altamente discrecional e impredecible¹⁶². En razón de lo anterior, el autor propuso que se adoptase en Alemania un sistema de pérdida de la chance u oportunidad, como el implementado en Francia y en otros ordenamientos jurídicos, pero con una serie de ajustes que lo harían más eficiente. Entre estos ajustes, propuso que solo se pudiese resolver basado en la TPCh en casos en los que se hubiese asumido una obligación de garantizar una oportunidad (lo que restringiría la aplicación de la TPCh a relaciones contractuales); que se utilizase una base de cálculo idéntica al sistema francés (multiplicando el daño definitivo por la probabilidad que se produjera, de no haberse verificado una negligencia) y que la TPCh solo se aplicase a aquellos casos en los que la demandante no logre demostrar la relación causal entre la negligencia y el daño final, según las normas generales de los arts. 286 y 287 del *ZPO*¹⁶³.

Sin perjuicio de la innegable calidad del trabajo del autor referido, lo cierto es que sus propuestas no tuvieron eco en el derecho sustantivo alemán, pues, a poco menos de diez años de su publicación, la publicación de la monografía de Christopher Bolko sobre la TPCh dio cuenta que la solución a los problemas de prueba de la vinculación causal en los casos de responsabilidad médica no solo no había variado, sino que la inversión de la carga de la prueba fue reconocida por ley e incorporada en el *BGB*¹⁶⁴.

¹⁶¹ MÄSCH (2004), pp. 121-123.

¹⁶² *Op. cit.*, p. 123.

¹⁶³ *Op. cit.*, pp. 423-429.

¹⁶⁴ BOLKO (2013), p. 4. Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. 2. 2013, §630h (5): "(5) Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre". "(5) Si existe una negligencia grave y esta es fundamentalmente capaz de causar lesiones a la vida, la integridad física o la salud del tipo que realmente se han producido, se presumirá que la negligencia fue la causa de dichas lesiones. Esto también se aplica si la persona que ha prestado la asistencia no ha realizado

Debido a numerosas razones, esta nueva doctrina entiende que no existe lugar en el ordenamiento jurídico alemán para una solución de corte proporcional como la que propone la TPCh. Al respecto, el autor da cuenta de que la noción de responsabilidad proporcional, aunque recientemente discutida, no es extraña al debate en Alemania. De hecho, el tema se ha discutido al menos en dos ocasiones: en la 66.º Conferencia de Abogados Alemanes (año 2006), donde una amplia mayoría se opuso a su inclusión en el sistema alemán; y en una moción parlamentaria durante la discusión de la Ley de Derechos y Deberes del Paciente, en la que el tópico fue discutido de forma marginal, pero que quedó totalmente excluido del texto definitivo. Como ya hemos visto, en su lugar se consagraron las reglas de presunción en caso de culpa grave¹⁶⁵.

Luego de un análisis concienzudo del concepto de responsabilidad proporcional, y de los diferentes argumentos que se utilizan normalmente para justificar su introducción en casos de “incertidumbre causal”, el autor concluye que no parece posible armonizar la TPCh con los principios y reglas del sistema, decantándose por las reglas de inversión de la carga de la prueba como la mejor solución en los casos de responsabilidad médica¹⁶⁶. En términos específicos, el autor da tres razones para rechazar la TPCh. En primer lugar, advierte que otorgar indemnizaciones sobre la base de una “posible” relación de causalidad no se condice con el principio de justicia compensatoria que subyace la responsabilidad civil; en segundo lugar, dice que, aunque es común afirmar que la responsabilidad proporcional sería un tipo de responsabilidad más “eficiente” desde el punto de vista económico, lo cierto es que esas supuestas ventajas teóricas no parecen materializarse en la práctica y, en tercer lugar, sostiene que no existe, en ningún ámbito, una disponibilidad de información estadística suficiente para que se puedan probar las probabilidades¹⁶⁷.

Por todo lo anterior, se puede decir que, a pesar de que existe alguna voz crítica a la aproximación mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia alemana a los problemas de incertidumbre causal (de manera especial en el ámbito médico), la solución que se ha descrito más atrás basada en una inversión de la carga de la prueba de la causalidad parece inamovible. En el contexto descrito, cuando menos en el derecho alemán, no parece haber espacio para la TPCh.

CONCLUSIONES

En este trabajo hemos analizado la forma en que varios de los ordenamientos jurídicos más influyentes del mundo han aplicado o discutido la TPCh en los úl-

o asegurado a tiempo un diagnóstico médico necesario, en la medida en que dicho diagnóstico hubiera dado lugar, con suficiente probabilidad, a la adopción de medidas adicionales, y si la omisión de dichas medidas hubiera constituido una negligencia grave”.

¹⁶⁵ BOLKO (2013), p. 4.

¹⁶⁶ *Op. cit.*, pp. 408-414.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 408-414.

timos años, lo que nos permitió mostrar el tipo de problema que resuelve la TPCh en los distintos sistemas; la manera en la que se comprende la teoría; las críticas que se le han dirigido; y las soluciones alternativas que se han propuesto, sobre todo en aquellos ordenamientos en que ha sido rechazada por la jurisprudencia.

i) Tipo de problema que resuelve la TPCh

La primera conclusión que se puede sacar es que, sin importar el ordenamiento jurídico que se mire, y sin importar la comprensión que se tenga de la teoría, todos reconocen que el problema que resuelve la teoría es el problema de conectar de forma causal el daño final con la negligencia o incumplimiento del demandado. Ello es reconocido, incluso en aquellos ordenamientos que tradicionalmente han comprendido la pérdida de la chance como un daño indemnizable (Francia).

ii) Las diferentes comprensiones de la TPCh

Hemos visto cómo la TPCh se utiliza en Francia, Inglaterra, y en algunos estados de EE.UU.; mientras que ha sido rechazada en Alemania y en algunos estados de EE.UU. Pero, incluso dentro de las jurisdicciones que la reconocen y aplican, no se puede hablar de una comprensión estándar de la TPCh, puesto que cada jurisdicción la aplica a diferentes tipos de casos, manejan un concepto diferente de lo que se entiende por pérdida de la chance, y difieren en la forma en la que se debe determinar la indemnización cuando esta es utilizada.

254

- a) *Tipos de casos.* En lo que se refiere a los tipos de casos a los que se aplica la teoría, hay tantas respuestas como ordenamientos. Por un lado, ordenamientos como el estadounidense solo permiten su utilización cuando se trata de daños corporales en el contexto de una mala praxis médica; mientras que, por otro lado, ordenamientos como el inglés excluyen expresamente su aplicación a casos de daños corporales, reservándose solo para daños económicos. Pero si se mira el ordenamiento francés, se comprobará que la jurisprudencia solo ha excluido su aplicación en casos de tratativas preliminares, permitiendo su uso sin hacer distinción según el tipo de daño que se trate.
- b) *Concepto y asiento estructural de la TPCh.* Aunque se parte de la base de que el problema que se resuelve con la TPCh es un problema de corte causal, lo cierto es que es difícil hablar de un acuerdo en el horizonte comparado sobre si la aplicación de la pérdida de una chance es un daño indemnizable, o si estamos frente a un mecanismo de facilitación probatoria del vínculo de causalidad. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina contemporánea de ordenamientos que históricamente comprendieron a la pérdida de la chance como un daño, hoy parece más abierta a explorar otros conceptos como el de la responsabilidad proporcional.

- c) *Forma de cuantificación.* A pesar de que todos los ordenamientos concuerdan en que la indemnización que se otorgue mediante la TPCh debe ser proporcional a las probabilidades que tenía la persona de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, y en que el cálculo debe hacerse a través de una fórmula matemática, lo cierto es que la forma en la que se determina cuál es la probabilidad que se tenía varía sensiblemente en los distintos ordenamientos. Así, por ejemplo, mientras que en algunos estados de EE.UU. la oportunidad perdida se calcula tomando la oportunidad que tenía el paciente al momento de la negligencia, y la oportunidad que tenía de una recuperación cuando la enfermedad fue diagnosticada, ordenamientos como el francés hacen el cálculo considerando que el demandante ya no tiene ninguna oportunidad (la oportunidad desapareció totalmente).

iii) Principales críticas a la TPCh

Es importante destacar que, a pesar de la diferencia en las comprensiones que se tiene de la teoría que nos ocupa, existen ciertas críticas que se le dirigen de manera transversal.

- a) *Ilimitado potencial expansivo.* Una primera crítica que aparece cuando se revisa tanto la jurisprudencia que se ha negado a utilizar la teoría, como la doctrina que ha analizado de manera crítica su utilización, es que esta no tiene un principio limitador claro y, más aún, su abstracta formulación permite que cualquier acción pueda ser reconducida o recalificada como una pérdida de oportunidad. Esta crítica no solo puede verse en los países que la rechazan como Alemania, o en la jurisprudencia inglesa cuando se niega a utilizarla para resolver casos de negligencia médica, sino, también, es un temor constante en aquellos países que han avanzado en su reconocimiento, como puede verse en EE.UU.
- b) *Modificación solapada del sistema de responsabilidad todo o nada.* Una segunda crítica es propia de aquellos ordenamientos que reconocen que la TPCh actúa como un mecanismo de facilitación probatoria del nexo causal. Para sus críticos, la utilización de la teoría supone el tránsito desde un sistema todo o nada (reparación integral) a un sistema proporcional (reparación parcial). Por lo mismo, en países como Alemania se ha proscrito su utilización e, incluso, quienes han investigado la responsabilidad proporcional como una forma de solucionar la incerteza causal, han reconocido que la TPCh es contraria a los principios propios del sistema, y que un cambio de esas proporciones solo sería admisible a través de una reforma legal.
- c) *Problemas prácticos para su correcta aplicación.* Finalmente, también se ha criticado la posibilidad efectiva de implementar un sistema basado en la prueba de probabilidades, sobre todo, tomando en consideración que este tipo de sistemas requiere un alto grado de información y de conoci-

miento científico de quienes deciden. Lo anterior se complejiza de sobre manera, si se toma en consideración que lo que se debe acreditar es la oportunidad del demandante específico, y que la prueba estadística, por sí sola, no es insuficiente para acreditar ese hecho.

iv) Mecanismos alternativos de solución

Además de los ordenamientos que han rechazado la teoría, hay ordenamientos que solo permiten su aplicación a ciertos tipos de casos. De ahí que interesa ver qué mecanismos alternativos se utilizan para resolver los problemas de incertidumbre causal que se plantean para resolver los dos tipos de casos a los que paradigmáticamente se les ha aplicado la teoría: los casos de pérdida de oportunidades de obtener beneficios económicos; y los casos de pérdida de oportunidades de sanar o sobrevivir.

- a) *Pérdida de beneficios económicos en el ámbito contractual.* Cuando se trata de la pérdida de obtener beneficios económicos en el contexto contractual, los ordenamientos que no admiten la TPCh (como Alemania y EE.UU., por ejemplo), dejan a la discreción del juez y del jurado respectivamente la determinación de los daños. Tanto en EE.UU. como en Alemania el estándar normal de prueba se reduce cuando se trata de la prueba de daños económicos en el contexto contractual.
- b) *Pérdida de oportunidad de sanar o sobrevivir.* Cuando se está ante situaciones que implican la pérdida de la oportunidad de sanar o sobrevivir (usualmente en el contexto de una mala praxis médica) aquellos ordenamientos que no admiten la TPCh, y que tienen un estándar probatorio alto, presentan diferentes soluciones probatorias como la inversión de la carga de prueba y el apoyo de expertos.

v) Balance general

Revisada la discusión que se ha dado y que se está dando en torno a la TPCh en el horizonte comparado, nos parece que se puede concluir que se trata de una teorización que incorpora una lógica proporcional que, si bien no es ajena a los sistemas clásicos de responsabilidad, nunca le había sido oponible a las víctimas. De allí que su recepción requiera un profundo debate sobre la función, los límites y la estructura que se le quiera dar a los sistemas de responsabilidad civil.

Por cierto, que se trata de teoría conceptualmente muy sofisticada, cuya operación necesita de abundante información, y cuantioso conocimiento científico y estadístico. De allí que, en términos prácticos, su correcta aplicación supone niveles altos de dificultad y requiere que se inviertan importantes recursos económicos.

Para concluir conviene advertir que la aplicación de la TPCh exige, cualquiera que sea la forma en que se comprenda, que el demandante acredite la probabilidad que tenía de haber conseguido la ganancia o evitado el daño, y que

la indemnización dependerá de manera directa de dicha probabilidad. De allí que es inaceptable cualquier propuesta que, en pos de superar las dificultades de aplicación forense que exhibe la teoría, sostenga que la probabilidad y la indemnización puedan ser dejadas a la prudencia del juez. Lo anterior, simplemente supondría la generación de un nuevo instrumento incontrolable de discrecionalidad o arbitrariedad judicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AAKERMANS, Arnoldus (1997). *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- ACCATINO, Daniela (2018). “Incertidumbre, probabilidad y prueba. Análisis de la doctrina del incremento del riesgo a más del doble”, en Adrián SCHOPF y Juan Carlos MARÍN (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en Homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: Thomson Reuters.
- AMERICAN LAW INSTITUTE (2010). *Restatement of the Law Third of torts: Liability for physical and emotional harms*. New York: American Law Institute, vols. 1 & 2.
- AMERICAN LAW INSTITUTE (2023). *Restatement of the Law Third of torts: Responsabilidad por daño físico y emocional* (trad.) Hugo CÁRDENAS VILLARREAL. Valencia: Tirant lo Blanch.
- AMERICAN LAW INSTITUTE (2024). *Restatement of the Law Third of Torts: Medical Malpractice. Tentative Draft 2*. New York: American Law Institute.
- ASÚA, Clara (2008). *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Madrid: Aranzadi.
- BACACHE, Mireille (2021). *Traité de droit civil, Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*. 4^a ed. Paris: Economica.
- BARRÍA, Rodrigo (2024). “Dos problemas en torno a la pérdida de la oportunidad en Chile”, en Carmen DOMÍNGUEZ (dir. y ed.), *Estudios de derecho civil XVII*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARROS, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 2^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BLÜMEL, Florencia (2022). *La pérdida de una chance en la responsabilidad médica. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Rubicón.
- BOLKO, Christopher (2013). *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- BORÉ, Jacques (1974). “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”. *La Semaine Juridique*, n^o 49, Paris.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien (2008). “Manquement du médecin à son obligation d’information: quel préjudice réparable?, note sous Civ. 1re, 6 déc. 2007”. *RDC Issu de Revue des contrats*, n^o 3. Paris.

- BORGHETTI, Jean-Sébastien (2011). “La perte d’une chance au carré, ou la perte d’une chance de chance”. *RDC Issu de Revue des contrats*, n° 1. Paris.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien (2013). “La perte de chance, rapport introductif”. *LPA*, n° 218. Paris.
- BRENNWALD, Stephen (1985). “Proving Causation in ‘Loss of a Chance’ Cases: A Proportional Approach”. *Catholic University Law Review*, vol. 34, No. 3. Washington D.C.
- BURROWS, Andrew (2008). “Uncertainty about uncertainty: damages for loss of a chance”. *Journal of Personal Injury Law*, year 8, No. 1. Oxford.
- BURROWS, Andrew (2019). *Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- BYDLINSKI, Franz (1964). *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*. Stuttgart: Enke.
- CAPECCHI, Marco (2012). *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. 3ª ed. Padova: Cedam.
- CÁRDENAS, Hugo (2019). “La pérdida de la chance en la reciente jurisprudencia médica”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE, Gabriel HERNÁNDEZ, Fabiola LA THROP y Mauricio TAPIA (eds.), *Estudios de derecho civil XIV*. Santiago: Thomson Reuters.
- CÁRDENAS, Hugo (2023). “La pérdida de la chance de lucro cesante ante la exclusión de oferentes en licitaciones públicas”, en Ruperto PINOCHET (dir.), *Estudios de derecho civil XVI*. Santiago: Thomson Reuters.
- CÁRDENAS, Hugo (2024). “La doctrina de la pérdida de la chance (ab)usos alternativos”, en Carmen DOMÍNGUEZ (dir. y ed.). *Estudios de derecho civil XVII*. Santiago: Thomson Reuters.
- CELOTTO, María Cristina (2020). *La prova del danno da errore medico*. Santarcangelo di Romagna: Meggioli Editore.
- CHABAS, François (1991). “La perte d’une chance en droit français”, in Olivier GUILLOD (ed.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Genève, Centre d’études européennes.
- CHABAS, François (1996). “La perte d’une chance dans le droit français de la responsabilité civile”. *Responsabilità civile e previdenza*, n° 2. Varese.
- CHABAS, François (2000). *Cent ans de responsabilité civile*. Paris: Gazette du Palais.
- CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE (2023). “Proposition de Loi Portant le Livre 6, ‘La responsabilité extracontractuelle’ du Code Civil”. DOC 55 3213/001. Disponible en www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/3213/55K3213001.pdf [fecha de consulta: 28 de septiembre de 2025].
- COHEN, Jonathan (1977). *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press.
- CORRAL, Hernán (2018). “Pérdida de la chance y víctimas indirectas o por repercusión. Reflexiones a partir de la sentencia en caso ‘Vásquez y otros con Hospital Van Buren’”, en Hugo CÁRDENAS (ed.), *Jurisprudencia crítica. Comentarios de fallos 2015-2017*. Santiago: Editorial Rubicón.

- CORREA, Carlos (2019). “La prueba de la causalidad en la responsabilidad contractual médica: Hacia un sistema de presunciones”, en María SANTIBAÑEZ (dir.), *La prueba en los procedimientos*. Santiago: Thomson Reuters.
- DESHAYES, Olivier (2009) “Perte de chance, note sous Civ. Ire, 18 sept. 2008”. *RDC Issue de Revue des contrats*, n° 3. Paris.
- DEUTSCH, Erwin (1991). “Beweis und Beweiserleichterungen des Kausalzusammenhangs im deutschen Recht”, in Oliver GUILLOD (ed.), *Colloque Développements récents du droit de la responsabilité civile*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verl.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (1990). “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, año LVIII, n.º 18. Concepción.
- FISCHER, David (2001). “Tort recovery for loss of a chance”. *Wake Forest Law Review*, vol. 36. Winston-Salem.
- FLEISCHER, Holger (1999). *Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags und Deliktsrecht*. Kongress: Universität Köln, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Köln.
- FRENDI, Daniela (2019). “Il danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole del sistema”. *Rivista di diritto civile*, anno LXV, vol. 6. Milano.
- GASCÓN, Marina (2017). “Valoración de la prueba y causalidad jurídica”. *Ciencia Forense*, año 17, n.º 14. Zaragoza.
- GEISTFELD, Mark (2024). “Duties preserving tort rules as ‘old category’ for justifying the lost-of-chance doctrine in medical malpractice cases”. *DePaul Law Review*, vol. 73. Chicago.
- GILEAD, Israel; Michael GREEN, Bernhard KOCH, (2013). “General Report. Causal uncertainty and proportional liability: Analytical and Comparative Report”, in Israel GILEAD, Michael GREEN & Bernhard KOCH (eds.), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*. Berlin: De Gruyter.
- GIRALDO, Luis Felipe (2018). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado.
- GÓMEZ, Juan David (2023). *La pérdida de oportunidad: su origen, su evolución y su necesaria reconceptualización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GREEN, Sarah (2015). *Causation in negligence*. London: Hart Publishing.
- GREY, Betsy (2015). “The future of emotional harm”. *Fordham Law Review*, vol. 83, No. 5. New York.
- GUEGAN-LECUYER, Anne (2013). “Les conditions de réparation de la perte de chance”. *Petites Affiches*, n° 218. Paris.
- HUBBARD, Patrick (2006). “The nature and impact of the tort reform movement”. *Hofstra Law Review*, vol. 35, No. 2. New York.
- INFANTINO, Marta & Eleni ZERVOGIANNI (2016). *Causation in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- JANSEN, Nils (1999). “The idea of a Lost Chance”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, No. 2. Oxford.

- JOURDAIN, Patrice (2011). “La perte d’une chance, une curiosité française”, in Olivier GUILLOD et Christoph MÜLLER (eds.), *Pour un droit équitable, engagé et charitableux - Mélanges en l’honneur de Pierre Wessner*. Basel: Helbing Lichtenhahn Publishing.
- KASCHE, Maria (1999). *Verlust von Heilungschancen-Eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften.
- KATZENMEIER, Christian (2002). *Arzthaftung*. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- KATZENMEIER, Christian und Christoph JANSEN (2016). “Beweismass, Beweislast und Haftung für den Verlust von Heilungschancen - Kausalitätsfragen im Arzthaftungsprozess in der Schweiz und in Deutschland”, in Roland FANKHAUSER (ed.), *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung. Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm*. Berlin: Schulthess.
- KHAN, Caroline (2025). *Recherche de la causalité et incertitudes scientifiques en droit de la responsabilité civile*. Paris: LGDJ.
- KHER, Juan y Octavio KHER (2019). “La prueba de la pérdida de la chance a la luz de la jurisprudencia chilena: una mirada crítica”, en María SANTIBÁÑEZ (dir.), *La prueba en los procedimientos*. Santiago: Thomson Reuters.
- KING, Joseph H. (1981). “Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences”. *Yale Law Journal*, vol. 90, No. 6. New Haven.
- KING, Joseph H. (1998). “Reduction of likelihood. Reformulation and other retrofitting of the loss of a chance doctrine”. *University of Memphis Law Review*, vol. 28. Memphis.
- LALOU, Henri (1928). *La responsabilité civile*. Paris: Librairie Dalloz.
- LÓPEZ, Diego (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- LUNA YERGA, Álvaro (2004). *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Cultura y causalidad*. Madrid: Thomson Civitas.
- LUNA YERGA, Álvaro (2005). “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”. *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n.º 2. Barcelona.
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2020). “Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de responsabilidad desde una perspectiva comparada”, en María José SANTOS, Jesús MERCADER y Pedro DEL OLMO (dir.), *Nuevos retos del derecho de daños en Iberoamérica*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTIS, Rüdiger (2009). “Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht – Behandlungsfehler und Beweislastumkehr” *Monatsschrift für Deutsches Recht*, vol. 63, n.º 19. Berlin.
- MÁRQUEZ, José (2014). “Distinción entre chance y lucro cesante. Su recepción en el Código Civil y Comercial”. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año 17, n.º 1. Buenos Aires.
- MÄSCH, Gerald (2004). *Chancen und Schaden*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- MAZEAUD, Henri et Leon MAZEAUD (1931). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Librairie du Recueil Sirey.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2018a). “La equidistribución del coste de la incertidumbre causal en el Derecho de Daños”. *Revista CEFLEGAL*, n° 211-212. Madrid.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2018b). *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*. Madrid: Thomson Civitas.
- MEJÍAS, Claudia (2025). “La pérdida de una chance”, en Carlos CÉSPEDES (dir.) *Responsabilidad civil extracontractual: instrumentos de derecho comparado, proyectos de reforma y derecho chileno*. Santiago: Tirant lo Blanch.
- MERAL, Hugo (2024). *La perte de chance en droit privé: Essai Critique*. Paris: Panthéon Assas.
- MERTENS, Hans-Joachim (1967). *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*. Stuttgart: Kohlhammer.
- MINET, Alice (2014). *La perte de chances en droit administratif*. Paris: LGDJ.
- MÖLLER, Hans (1937). *Summen und Einzelschaden*. Hamburgo: Gruyter.
- MÜLLER, Christoph (2002). *La perte d'une chance*. Bern: Stämpfli.
- MÜLLER-STOY, Walter (1973). *Schadensersatz für verlorene Chancen*. Doktorarbeit. Freiburg: Universität Freiburg.
- MUNITA, Renzo (2013). “La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada”. *Actualidad Jurídica*, n.º 28. Santiago.
- OLIPHANT, Ken (2008). “Loss of a chance in English law”. *European Review of Private Law*, No. 6. Amsterdam.
- OLIPHANT, Ken (2016). “Causation in cases of evidential uncertainty: Juridical techniques and fundamental issues”. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 91, No. 2. Chicago.
- OLIPHANT, Ken & Richard WRIGHT (2013). *Medical malpractice and compensation in global perspective*. Berlin: De Gruyter.
- PEARL, Judea & Dana MACKENZIE (2018). *The book of why. The new science of cause and effect*. London: Penguin.
- PETECCI, Rafael (2013). *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3ª ed. São Paulo: Atlas.
- PHILLIPS, Elisa (2022). “Damned Causation”. *Arizona State Law Journal*, vol. 54. Phoenix.
- PIRSON, Roger et Albert DE VILLÉ, (1935). *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant.
- RHEE, Robert J (2013). “Loss of Chance, Probabilistic Cause, and Damage Calculations: The Error in *Matsuyama v. Birnbaum* and the Majority Rule of Damages in Many Jurisdictions More Generally”. *Suffolk University Law Review Online*, vol. 1. Boston.
- RHEE, Robert J. (2022). *Probabilistic causation in the loss of chance doctrine: a comment on efficiency and error mitigation*. University of Florida Levin College of Law Legal Studies Research Paper Series.

- RÍOS, Ignacio (2020). “La prueba de solución causal a las demandas contra el Estado de Chile por el terremoto y tsunami del año 2010”, en Lorena ARISMENDY, Felipe OYARZÚN (coord.) y María Jose SANTOS, Jesús MERCADER y Pedro DEL OLMO (dir.), *Nuevos retos del derecho de daños en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RÍOS, Ignacio y Rodrigo SILVA (2014). *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SAENZ, Luis (2012). “El daño resarcible en el proyecto de reforma del Código Civil”. *Derecho Privado*, año 1, n.º 3. Buenos Aires.
- SAVATIER, René (1970). “Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d’un dommage sans l’avoir causé?”. *Dan Dalloz*, nº 2. Paris.
- SCHUM, David (1994). *The evidential foundation of probabilistic reasoning*. Evanston: Northwestern University Press.
- SIMONS, Kenneth (2024). “Lost chance of a better medical outcome: new tort, new type of compensable injury or new causation rule?”. *DePaul Law Review*, vol. 73, issue 2. Chicago.
- STAUCH, Marc (2008). *The law of medical negligence in England and Germany: A comparative analysis*. Oxford: Hart Publishing.
- STAUCH, Marc (2013). “Medical Malpractice and Compensation in Germany”, in Ken OLIPHANT & Richard WRIGHT (eds.), *Medical malpractice and compensation in global perspective*. Berlin: De Gruyter.
- STEEL, Sandy (2013). “Rationalising Loss of Chance in Tort”, in Erika CHAMBERLAIN, Stephen PITEL & Jason NEYERS (eds.), *Tort Law*. Oxford: Hart Publishing.
- STEEL, Sandy (2015). *Proof of causation in tort law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- STEINER, Thomas (2021). “Probleme des Arzthaftungsprozesses”. *Medizinrecht*, nº 39. Berlin.
- STOLL, Hans (1968). *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*. Tübingen: Seiten.
- TAMAYO, Javier (2025). *No existe la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica*. Bogotá: Editorial Diké.
- TAPIA, Mauricio (2012). “Pérdida de una chance: ¿un perjuicio reparable en Chile?”, en Fabián ELORRIAGA (ed.) *Estudios de derecho civil VII*. Santiago: Thomson Reuters.
- TURTON, Gemma (2016). *Evidential Uncertainty in Causation in Negligence*. Oxford: Hart Publishing.
- VINEY, Geneviève, Patrice JOURDAIN et Suzanne CARVAL (2014). *Les conditions de la responsabilité. Dommage, fait générateur, régimes spéciaux, causalité*. 4ª ed. Paris: LGDJ.
- VITALE, Laura (2020). *La perte de chances en droit privé*. Paris: LGDJ.
- WILBURG, Walter (1941). *Die Elemente des Schadensrechts*. Marburg: Elwert.
- WINIGER, Bénédict; Helmut KOZIOL, Bernhard H. KOCH & Reinhard ZIMMERMANN (2007). *Digest of European Tort Law*. Berlin: Springer Wien New York, vol. 1: Essential cases on natural causation.

ZWEIGER, Konrad und Hein KÖTZ (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf den Gebiete des Privatrechts*. Tübingen: Mohr.

Normas citadas

Compensation Act 2006, c. 29, 26 de julio de 2006.
Ala. Code § 6-5-542, Alabama Liability Act, 1996.
Mich. Comp. Laws Ann. § 600.2912a, Michigan Liability Act, 2019.
RSA 507-E:2, III, New Hampshire rules on Medical Injury Action, 2003.
S.D. CODIFIED LAWS § 20-9-1.1, Liability for torts (Loss of a chance abrogated), 2012.

Jurisprudencia citada

Inglaterra

Chaplin v Hicks (1911): 2 KB 786.
Kitchen v Royal Air Forces Association (1958): 1 WLR 563.
Mallet v McMonagle (1960): AC 166.
Hotson v East Berkshire Area Health Authority (1988): UKHL 1.
Allied Maples v Simmons & Simmons (1995): EWCA Civ 17.
Ministry of Defense v Wheeler (1998): 1 WLR 637.
Fairchild v Glenhaven Funeral Services (2002): UKHL 22.
SoS for the Home Department v Rehman (2003): 1 AC153t.
Gregg v Scott (2005): UKHL 2.
Jackson v Royal Bank of Scotland (2005): UKHL 3.
Barker v Corus UK (2006): UKHL 20.
Law Society v Sephton & Co (a firm) (2006): UKHL 22.
Rothwell v Chemical & Insulating Co Ltd (2007): UKHL 39.
Haithwaite v Snell & Passmore (a firm) (2009): EWHC 647 (QB).
Vaile v Havering London Borough Council (2011): EWCA Civ 246.
Wellesley Partners LLP v Withers LLP (2015): EWCA Civ 1146, (2016).

Estados Unidos

Craig v Chambers (1867): 17 Ohio St. 253.
Hicks v United States (1966): 368 F .2d 626.
Hamil v Bashline (Penn., 1978): 392 A2d. 1280.
VanVleet v Pfeife (N.D. 1980): 289 N.W.2d 789.
Thornton v CAMC (W.V., 1983): 305 S.E.2d 316.
Thompson v Sun City Community Hospital (Ariz, 1984): 688 P. 2d 605.

- Robertson v Counselman (Kan. 1984): 686 P.2d 149.
 Gooding v University Hospital Bldg., Inc. (Fla. 1984) 445 So. 2d 1015.
 Aashein v Humberger (Mont. 1985), 695 P. 2d 824.
 Clayton v Thompson (Miss. 1985): 475 So. 2d 439.
 Daugert v Pappas (1985), 704 P. 2d 600, 257.
 Mays v United States (1985), 608 F. Supp. 1476.
 DeBurkate v Louvar (Iowa, 1986) 393 N.W. 2d 131.
 Ladner v Campbell (Miss. 1987), 515 So. 2d 882, 888.
 McKellips v St. Francis Hospital Inc. (Okla. 1987), 741 P. 2d 467.
 Scafidi v Seiler (N.J., 1990), 574 A.2d 398.
 Ehlinger by Ehlinger v Sipes (Wis. 1990), 454 N.W. 2d 754.
 Fennel v Sothern Maryland Hosp. Center. Inc. (Maryland, 1990), 580 A. 2d 764.
 Perez v. Las Vegas Medical Ctr. (LV. 1991) 805 P. 2d 589.
 Dumas v Cooney (Cal. 1991) 235 Cal. App. 3d 1593.
 Wollen v DePaul Health (Mo. 1992), 828 S.W. 2d 681.
 Manning v Twin Fall Clinic & Hosp. (Idaho, 1992), 830 P. 2d 1185.
 Fabio v Bellomo (Minn. 1993), 504 N.W. 2d 758, 762.
 Kilpatrick v Bryant (Tenn. 1993), 868 S.W. 2D 594.
 Kramer v Lewisville Memorial Hosp. (Tx. 1993), 858 S.W. 2d 397.
 Dowling v Lopez (Geor. 1993), 440 S.E. 2d 205.
 McAfee by & Through McAfee v. Baptist Medical Ctr., So. (Ala. 1994): 2d 265.
 Steinke v Share Health Plan of Neb., Inc. (Neb., 1994): 518 N.W. 2d 904.
 United States v Anderson (Del. 1994), 669 A. 2d 73.
 Mayhue v Sparkman (Ind. 1995), 653 N.E. 2d 1384.
 Smith v State Dep't of Health & Hosp. (La. 1996), 676 So. 2d 543.
 Roberts v Ohio Permanente Medical Group (OH., 1996), 668 N.E. 2d 480.
 Borkowski v Sacheti (1996), 682 A. 2d 1095.
 Holton v Memorial Hosp. (Ill. 1997), 176 Ill. 2d 95.
 Alberts v Schultz (N.M., 1999): 975 P. 2d 1279.
 Crosby v. United States (Alaska, 1999), 48 F. Supp. 2d 924.
 Alberts v Schultz (N.M. 1999), 975 P. 2d 1279.
 Cahoon v Cummings (Ind. 2000) 734 N.E. 2d 535.
 Lord v Lovett (2001), 146 N.H. 232.
 Holt v Wagner (2001) 344 Ark. 691.
 Pipe v Hamilton (Kan. 2002), 56 P.3d 823.
 McMackin v Johnson County Healthcare Ctr. (Wyo. 2003), 73 P. 3d 1094.
 Smith v Parrott (V.A., 2003), 833 A. 2d 843.

Mead v Adrian (2003), 670 N.W.2d 174.
 Boone v William W. Backus Hosp. (Conn., 2005): 864 A. 2d 1.
 Martasin v Hilton Head Health Sys. (S.C., App. 2005), 613 S.E. 2D 795.
 Joshi v Providence Health Sys. of Or. Corp. (Ore. 2006), 149 P. 3d 1164.
 Matsuyama v Birnbaum (Mass. 2008), 890 N.E. 2d 819.
 Kemper v Gordon (Ky., 2008). 272 S.W.3d 146, 152-53.
 Rankin v Stetson (2008), 749 N.W.2d 460, 469.
 Coombs v Curnow (Ida. 2009), 2019 P3d. 453, 464.
 Mohr v Grantham (Wash. 2011), 262 P. 3d 490.
 Day v Brant (N. Car. 2012), 721 S.E. 2d 238, 251.
 Coody v Barraza (La. App. 2 Cir. Mar. 6, 2013), 2013 La. App. LEXIS 369.
 Dormaier v Columbia Basin Anesthesia P.L.L.C. (Wash. Ct. App. 2013), 313 P. 3D 431, 444.
 Wild v Catholic Health Sys (N.Y. 2013), 2013 N.Y. LEXIS 1426.
 Easterling v Kendall (2016), 367 P. 3d 1214, 1226.
 Parkes v Hermann (N.C., 2020), 852 S.E. 2d 322.

Francia

Conseil d'État (2000): 5 janvier 2000 (arrêt Telle), Rec. CE p. 5, JCP 2000. I. 10271.
 Conseil d'État (2007): 6 décembre 2007, pourvoi no 06-19301, D. 2008, p. 192.
 Conseil d'État (2007b): 21 décembre 2007, AJDA 2008, n° 3.
 Conseil d'État (2008): 21 mars 2008, n° 266157.
 Conseil d'État (2013a), 6 février 2013, n° 344188.
 Conseil d'État (2013b): 15 mars 2013, n° 337496.
 Cour d'Appel de Grenoble (1876): 25 juin 1875, S. 1876, 2, 147.
 Cour d'Appel de Grenoble (1962): 24 octobre 1962 [non publié].
 Cour d'Appel de Limoges (1995): 19 octobre 1995, JCP 1996. IV. 897.
 Cour de Cassation (1932): Chambre des Requetes, 26 mai 1932, S. 1932, 1, 387.
 Cour de Cassation (Civ.) (1889): 17 juillet 1889, S. 1891, I, p. 399.
 Cour de Cassation (Civ.) (1963): 18 décembre 1963, B II n° 635.
 Cour de Cassation (Civ.) (1973): 25 janvier 1973, J.C.P. 1974, éd. G, II, 17 641.
 Cour de Cassation (Civ.) (1975): 25 juin 1975, D. 1975, IR p. 199.
 Cour de Cassation (Civ.) (1985a), 16 janvier 1985, n° 83-14867, Bull. civ. II, n° 13.
 Cour de Cassation (Civ.) (1985b): 22 juillet 1985, B I, n° 232.
 Cour de Cassation (Civ.) (1989a): 7 juin 1989, R.T.D. Civ. 1992, pp. 113-114.
 Cour de Cassation (Civ.) (1989b): 4 octobre 1989, (deux arrêts), B I n° 156, RTD Civ. 1990, p. 81.
 Cour de Cassation (Civ.) (1990): 7 février 1990, B I, n° 39.

- Cour de Cassation (Civ.) (1992a): 15 mai 1992, B II, n° 143.
- Cour de Cassation (Civ.) (1992b): 14 octobre 1992, *RCA* 1992, comm. n° 433.
- Cour de Cassation (Civ.) (1995a): 21 février 1995, B I n° 101ZZ.
- Cour de Cassation (Civ.) (1995b): 31 mai 1995, *Resp. civ. et assur.* 1995, comm. n° 306.
- Cour de Cassation (Civ.) (1996a): 7 février 1996, *Bull. civ.* II, n° 36.
- Cour de Cassation (Civ.) (1996b): 22 octobre 1996, *Bull. civ.* I, n° 365.
- Cour de Cassation (Civ.) (1997): 4 février 1997, *RCA* 1997, comm. n° 13.
- Cour de Cassation (Civ.) (1998): 24 juin 1998, *Dr. Famille* 1999, n° 16.
- Cour de Cassation (Civ.) (2000): 18 juillet 2000, *BI*, n° 224, *D.* 2000, p. 853.
- Cour de Cassation (Civ.) (2001): 24 avril 2001, *D.* 2001.IR.1589, *JCP* 2001.IV.2008.
- Cour de Cassation (Civ.) (2004): 9 mars 2004, *Bull. civ.* I, n° 79.
- Cour de Cassation (Civ.) (2005): 20 septembre 2005, *B II* n° 225.
- Cour de Cassation (Civ.) (2006): 21 novembre 2006, n° 05-15674, *JCP* 2007. I. 185.
- Cour de Cassation (Civ.) (2007a): 16 janvier 2007, n° 06-10120.
- Cour de Cassation (Civ.) (2007b): 5 avril 2007, *Resp. civ. et assur.* 2007.
- Cour de Cassation (Civ.) (2007c): 4 juin 2007, *Bull. civ.* I, n° 217, *D.* 2007.
- Cour de Cassation (Civ.) (2007d): 19 septembre 2007, n° 05-15139.
- Cour de Cassation (Civ.) (2009a): 5 mars 2009, n° 08-11374, *Bull. I*, n° 43; *Rev. des contr.* 2009.
- Cour de Cassation (Civ.) (2009b): 9 juillet 2009, n° 08-12457, *Resp. civ. et assur.* 2009, comm. n° 296.
- Cour de Cassation (Civ.) (2010a): 14 janvier 2010, n° 08-16760, *JCP* 2010 413.
- Cour de Cassation (Civ.) (2010b): 16 septembre 2010, n° 09-65909.
- Cour de Cassation (Civ.) (2010c): 14 octobre 2010, n° 09-69195, *D.* 2010, 2682.
- Cour de Cassation (Civ.) (2011a): 17 février 2011, n° 10-10449, *D.* 2011, 675.
- Cour de Cassation (Civ.) (2011b): 7 juillet 2011, n° 10-19.766, *RTD Civ.* 2011. 769.
- Cour de Cassation (Civ.) (2011c): 6 octobre 2011, n° 10-24554, 1380.
- Cour de Cassation (Civ.) (2012): 22 mars 2012, n° 11-11.237, *RTD civ.* 2012. 529.
- Cour de Cassation (Civ.) (2013a): 16 janvier 2013, n° 12-14439, *D.* 2013, 619.
- Cour de Cassation (Civ.) (2013b): 20 mars 2013, n° 12-14.711, *RDI* 2013. 339.
- Cour de Cassation (Civ.) (2014a): 30 avril 2014, n° 12-22567 y 13-16380; *RCA* 2014, com. 215.
- Cour de Cassation (Civ.) (2014b): 2 juillet 2014, n° 13-17599.
- Cour de Cassation (Civ.) (2014c): 10 juillet 2014, n° 13-20 606, *JCP* 2014, 1323.
- Cour de Cassation (Civ.) (2016a): 14 avril 2016, n° 15-16394.
- Cour de Cassation (Civ.): (2016b): 12 octobre 2016, n° 15-25034, *PB*.
- Cour de Cassation (Civ.) (2019): 21 novembre 2019, n° 18-23.251, *P+B+ID.* 2019, 2384.
- Cour de Cassation (Civ.) (2020): 20 mai 2020, n° 18-25440, *RTD civ.* 2020, 629.

Cour de Cassation (Com.) (1979): 3 mai 1979, B IV n° 137.
 Cour de Cassation (Com.) (1996): 13 novembre 1996, Dr. et palm mars 1997, p. 79.
 Cour de Cassation (Com.) (1993): 7 décembre 1993, n° 91-15605, *Bull. Civ. IV*, n° 464.
 Cour de Cassation (Com.) (2009): 20 octobre 2009, n° 08-20274, *D.* 2009, p. 2971, note D. Houtcieff.
 Cour de Cassation (Com.) (2014a): 4 février 2014, n° 13-10630.
 Cour de Cassation (Com.) (2014b): 18 mars 2014, n° 12-28784.
 Cour de Cassation (Crim.) (1970): 24 février 1970, *D.* 1970, p. 307, *JCP* 1970. II. 16456.
 Cour de Cassation (Crim.) (1983): 3 novembre 1983, *JCP* 1985. II. 20360.
 Cour de Cassation (Crim.) (1990): 6 juin 1990, *R.TD.Civ.* 1991, p. 121.
 Cour de Cassation (Crim.) (1993): 5 janvier 1993, n° 92-81235.
 Cour de Cassation (Crim.) (2000): 25 octobre 2000, *D.* 2001, somm. 2233.
 Cour de Cassation (Crim.) (2010): 5 octobre 2010, *Resp. civ. et assur.* 2011, comm. n° 4.

Alemania

BGH (1962): 13. November 1962, VesR.
 BGH (1968): 11. Juni 1968, 21 NJW.
 BGH (1978): 9. Mai 1978, 29 VersR.
 BGH (1983): 10. Mai 1983, 39 NJW.
 BGH (1993): 14. Januar 1993, 935 NJW.
 BGH (1999): 3. Dezember 1999, 53 NJW.
 BGH (2004): 27. April 2004, 2087 NJW.
 OLG (1990): Köln, 30. Mai 1990, JR.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	artículo
arts.	artículos
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	Bundesgerichtshof
Cfr.	confróntese
Co.	Company
coord.	coordinador
dir.	director <i>a veces</i> directora
DOI	Digital Object Identifier
ed.	edición <i>a veces</i> editora
eds.	editores
EE.UU.	Estados Unidos
etc.	etcétera
Hosp.	hospital

<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
Inc.	Incorporated
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
Ltd.	limited
n.º <i>a veces</i> n.º	número
No.	number
OLG	Oberlandesgericht
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
p.	página
PdCh	pérdida de la chance
p.e.	por ejemplo
pp.	páginas
ss.	siguientes
TPCh	teoría de la pérdida de la
U.K.	United Kingdom
vol.	volumen
vols.	volumenes
ZPO	Zivilprozessordnung