10-07-13 18:34

La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada.

Renzo Munita Marambio*

Abogado (UCSC), Magíster y Doctorando en Derecho Privado, Universidad Pierre Mendès France, Grenoble 2, Francia. Profesor Becario de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Becario Programa Becas-Chile, CONICYT.

RESUMEN: La pérdida de una chance constituye una evidente manifestación de la evolución constante experimentada por el Derecho de la responsabilidad civil. En efecto, el impacto de la figura se ubica en la diversificación actual de daños resarcibles y en el cambio de óptica de los sistemas de responsabilidad, en cuya virtud el instituto es analizado desde la perspectiva de la víctima y no del agente dañoso. Así, la acción por pérdida de una chance tiene por objeto reparar el perjuicio ocasionado por la pérdida efectiva de la probabilidad real de obtener una ventaja esperada. El campo de aplicación de la figura es amplio, pudiendo innumerables especies ser comprendidas bajo su órbita de acción. Como ejemplos se destacan el caso del estudiante que a causa de la culpa de un tercero no puede rendir un examen, perdiendo en consecuencia su chance de aprobarlo; y la negligencia del abogado que provoca que su cliente pierda la oportunidad de hacer valer un derecho en juicio. Sin perjuicio de lo anterior, uno de los dominios que ha percibido un importante desarrollo de la figura es la ciencia médica, como mecanismo de reparación de las consecuencias atribuibles a la negligencia cometida por el facultativo en el ejercicio de sus funciones, sea al informar al paciente los riesgos de una intervención o tratamiento, sea al diagnosticar un mal. En este sentido, existiría una probabilidad de que la culpa del médico esté a la cabeza de la pérdida de las chances del enfermo de curarse o de evitar el agravamiento. De aquí que sea coherente afirmar que la pérdida de una chance actúe en el espacio señalado en el ámbito de la causalidad probable del daño. Por último, expresamos que la retención jurisprudencial de la pérdida de una chance en esta última especie ha generado importantes debates en el Derecho de la responsabilidad en Francia, así como en otros países exponentes del denominado Civil Law, como del llamado Common Law.

^{*} Agradezco a los distinguidos alumnos Sr. Rodrigo Campos (UDD) y Sr. Roberto Valdés (UCSC) por su importante ayuda en la relectura de este ensayo y por su disponibilidad en el intercambio de puntos de vista.

Las citas de textos en francés y en inglés son traducciones libres del autor.

Introducción.

1.- En el presente trabajo pretendemos reseñar y comentar una de las figuras representativas del proceso de alteración de la óptica resarcitoria de que es objeto el Derecho de la responsabilidad civil en diversas latitudes: la pérdida de una chance. La referida alteración se traduce concretamente en que el proceso indemnizatorio ya no es analizado desde el punto de vista del agente del daño, sino más bien de la víctima. Si bien la esencia netamente jurisprudencial de la pérdida de una chance es de larga data (en efecto, la figura fue retenida por primera vez en Francia en virtud de un fallo de La Corte de Casación de fecha 17.07.1889¹, en el que se condenó a un oficial ministerial en atención a que su culpa impidió la prosecución de un procedimiento, indemnizándose en definitiva la pérdida de la chance de ganar el juicio; a su turno, en Reino Unido se detecta una primera sanción de la figura en atención al fallo Chaplin vs. Hicks (1911)², en cuya virtud a título de pérdida de una oportunidad se le atribuye a la demandante –finalista de un concurso de belleza– uno de los doce premios, pues no había sido notificada por el demandado la fecha de la final. Como consecuencia de lo anterior, el Common Law en su conjunto se vio impulsado a sancionar chances u oportunidades perdidas. Así en Estados Unidos reconocemos fallos contemporáneos, tales como el pronunciado por la Corte de Apelaciones de Texas en 1917, denominado Kansas City M. vs. O. Ry. Co. V. Bell³, por el que se ordenó el pago de la oportunidad perdida de ganar un premio en una feria de animales producto del retraso en el transporte de éstos). Vislumbramos la institución que nos proponemos comentar como una efectiva herramienta de construcción de un moderno sistema de responsabilidad civil, con clara vocación al desarrollo en materia de responsabilidad médica, en los escenarios en que la culpa del especialista probablemente ha alterado las oportunidades de que disponía el enfermo respecto de su curación o de su sobrevivencia, no sin dejar de exponernos por ello a fuertes cuestionamientos en este dominio, principalmente provenientes de la doctrina francesa.

2.- Desde un punto de vista general, es posible sostener que la pérdida de una chance puede ser objeto de dos enfoques de estudio, constituyendo en ambos una especie de daño resarcible. Así, es posible distinguir una **visión clásica o tradicional** de la figura dirigida a un grupo general de aplicaciones; y una **visión moderna** de la misma con vocación a operar en la pérdida de las oportunidades de curar o de sobrevivir.

Reg. 17.07.1889, S. 1889, 1, P. 399.

² Chaplin vs. Hicks (1911) 2 K.B. 786.

³ Kansas City M. vs. O. Ry. Co. V. Bell (1917) 197 S.W. 322, 323 (Tex. Civ. App. 1917).

- 3.- En virtud de un enfoque tradicional de tratar la pérdida de una chance, y antes de abordar el instituto, es necesario precisar que a consecuencia de un hecho dañoso técnicamente es posible reconocer un perjuicio final y varios tipos de perjuicios intermedios, cada uno de ellos dotado de una identidad específica. La pérdida de una chance es una especie dentro de estos últimos, y una fracción del perjuicio integral sufrido por la víctima⁴, analizado en clave de daño parcial⁵. Por otra parte, y entrando más en el detalle, el estudio de la figura en comento nos obliga a distinguir entre el perjuicio final y el señalado perjuicio intermedio, bajo un análisis de certezas. Luego, el perjuicio final, incierto, se traduce en la definitiva no realización de un evento esperado. A su turno, la pérdida de una chance, daño cierto, debe su inexistencia irrefutable a la objetividad del impacto aniquilador de la oportunidad suprimida. Por ejemplo, el accidente a consecuencia del cual no ha podido rendirse un examen conlleva al perjuicio hipotético o eventual de haber podido aprobar dicho examen, agravio final, este último, no indemnizable por carecer de presupuestos legales debido a su naturaleza potencial. El reseñado perjuicio difiere sustancialmente del detrimento intermedio -pérdida de una chance- generado a consecuencia de la supresión de las probabilidades de poder aprobar el examen. Dos perjuicios diferentes, uno indemnizable y el otro no.
- 4.- Por otro lado, no es novedad sostener que la reparación de los perjuicios exige como presupuestos fundamentales, además de ser personales, que sean ciertos y directos. Así, su resarcimiento está sujeto a la inexistencia de dudas sobre su acaecimiento, sea este actual o futuro, esto es, ya realizado o en curso de realización; o, con indiscutible vocación a producirse de acuerdo a una atendible prolongación del estado actual de las cosas, respectivamente; y a que por otro lado su producción resulte del hecho generador de responsabilidad. Luego, todo perjuicio eventual, es decir, aquel cuya realización no es cierta, se ve excluido de protección resarcitoria. Lo anterior en razonable atención a evitar enriquecimientos injustos mediante reparaciones de hipotéticos eventos dañosos⁶. Sin perjuicio de lo indicado, y si bien todo daño debe ser cierto para ser indemnizado, y los eventuales no son indemnizables, la percepción de la certeza jurídicamente exigida en el agravio no ha estado exenta de evoluciones. En efecto, el presupuesto referido es también susceptible de ser amparado por la garantía resarcitoria cuando se constata la supresión imputable de una probabilidad de percibir el provecho de un evento positivo⁷, o de evitar una pérdida. Bajo esta lectura, el daño específico

⁴ Casación, 1ra. civil, 24.01.2006, n° 02-12.206, RLDC 2006/26, n°1091: "el daño correspondiente a la pérdida de una chance es entonces una fracción de las diferentes claves de perjuicios...".

⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, "Droit du dommage corporel. Systèmes d´indemnisation", Dalloz, París, 2004, n° 582-2.

⁶ Casación, 2da. civil, 10.03.1976, n° 74-13.106, Boletín civil II, n° 96.

⁷ En este sentido, Casación, criminal, 06.06.1990, Boletín criminal, nº 224, p. 573 "el elemento de

derivado de la pérdida de una chance "es constituido por el desaparecimiento de una probabilidad, esto no significa que el perjuicio es golpeado por la incertidumbre. Si el daño es futuro, no es por esto menos cierto. Sólo el perjuicio final es incierto"⁸. En este contexto conceptual, la pérdida de una chance constituye un daño particular, así lo entiende también una parte de la doctrina chilena. En efecto, el profesor H. CORRAL TALCIANI enseña: "lo que debe indemnizarse es sencillamente la frustración de la oportunidad de postular a la obtención del beneficio; este es el daño cierto que se ocasiona en estos casos"⁹; por su parte, don M. TAPIA RODRÍGUEZ, quien refiriéndose a la distinción entre pérdida de oportunidad y lucro cesante sostiene que la figura en la cual estamos concentrados corresponde a un "daño futuro"¹⁰.

5.- Para nosotros, la pérdida de una chance se ubica, en una zona intermedia entre el daño futuro reparable y el daño eventual, pues integra en el dominio de lo jurídico un elemento incierto propio de la vida del hombre: la chance, el azar¹¹. Es en este criterio, en que si bien el fundamento de este perjuicio se atribuye a aquella situación de agravio, en virtud de la cual el hecho generador provoca a la víctima la pérdida efectiva de la probabilidad real de obtener una ventaja esperada o de evitar un daño, no debe desconocerse que "la particularidad de la pérdida de una chance es, por definición, indemnizar un perjuicio respecto del cual no podemos saber con certeza si sería realizado en ausencia del hecho generador"12. De aquí que don L. MEDINA OLCOZ afirme que lo que identifica a la oportunidad perdida como auténtico evento dañoso es "la combinación de una certidumbre y de una incertidumbre; la certidumbre de que estaba fundada la posibilidad de conseguir la ventaja y la incertidumbre de que ésta se hubiera conseguido de no haber intervenido el hecho ilícito"13. En similar sentido, el profesor DOMÍNGUEZ ÁGUILA se refiere a la institución como "una expectativa de ganancia o una probabilidad más o menos cierta de pérdida, que es en definitiva lo que se denomina una chance, aparece así como un daño, puesto que, de no haber acontecido el hecho juzgado, el demandante habría conservado

perjuicio constituido por la pérdida de una chance se verifica cada vez que es constatada la desaparición (...) de la probabilidad de un evento favorable". En doctrina este punto ha sido tratado por importantes trabajos, entre otros: A. BÉNABENT, "La chance et le droit", LGDJ, t. 128, 1973; J. BORE, "L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable", JPG G 1974, I, 2620; F. CHABAS, "La perte de la chance en Droit Français", dans Développements récents du droit de la responsabilité, Genève, 1991, 131; C. RUELLAN, "La perte de chance en droit privé", RRJ 1999, p. 729.

- ⁸ C. RUELLAN, art. prec., n° 26.
- ⁹ H. CORRAL TALCIANI, "Lecciones de responsabilidad civil", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 142.
- M. TAPIA RODRÍGUEZ, "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", Rev. derecho (Valdivia) vol. 15 n° 2, Valdivia, dic. 2003, pp. 75-111.
 Ver infra n° 10, cita n° 21.
- ¹² C. BEAUDEAUX, "La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile", thèse, Strasbourg, 2006, n° 214, por Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, "Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile", Dalloz, Paris, 2010, n°184.
- ¹³ L. MEDINA OLCOZ, "La teoría de la pérdida de oportunidad", Aranzadi, Navarra, 2007, p. 94.

una o no se habría visto expuesto a la otra"¹⁴. Luego, es lógico deducir que la reparación derivada por la pérdida de la chance nunca es equivalente al daño final sufrido, tal como veremos.

6.- Sin perjuicio de lo anterior, la pérdida de una chance ha sido asimismo analizada a propósito de escenarios en que el hecho generador y el daño final no resisten ser conectados mediante un vínculo de causalidad cierto y directo, fundamentalmente en el dominio de la responsabilidad médica, constituyendo éste un modelo moderno de aplicación de la figura. De esto se sique que el mencionado terreno permita plantear la incertidumbre relativa a las consecuencias dañosas eventualmente producidas por determinadas conductas o abstenciones del facultativo. Nos referimos en este punto a los denominados daños pasivos, es decir: "aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo, sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que impiden al paciente de los cuidados médicos adecuados "15. Lo anterior bajo un claro fin protector de la víctima de un agravio difícil de conectar a una determinada culpa médica, tal como apreciaremos. En este sentido, se detecta en la doctrina española: "Frente a los supuestos de responsabilidad en que se imputa al médico el resultado dañoso; con la teoría de la pérdida de oportunidad, lo que se atribuye al facultativo es la frustración de las expectativas de sanación, por ejemplo, por un error en el diagnóstico de una enfermedad que, de haberse detectado a tiempo, el paciente hubiera tenido más posibilidades de recuperación"16.

7.- Hacemos presente que aun cuando nos concentraremos fundamentalmente en los corolarios de la vinculación entre la institución indicada y el Derecho galo de la responsabilidad civil, proyectamos referirnos asimismo a la presencia de la pérdida de una chance en **materia médico-sanitaria** bajo el lente pretoriano de otros ordenamientos, tales como: España, Estados Unidos, Reino Unido y Canadá. Justificando dicho estudio, nos remitidos a decir que la figura indicada ha sido objeto de análisis en esquemas de reparación propios de países exponentes tanto del denominado *Civil Law* como del llamado *Common Law*, constituyendo lo anterior una instancia privilegiada para intentar desarrollar un estudio comparativo del tema.

8.- Por último, consideramos introductoriamente importante hacer presente en este punto que no debe ser confundida la pérdida de la chance con la pérdida en la chance. Así, el agente generador el perjuicio no debe ser identificado con un elemento propio de la chance que voluntaria-

¹⁴ R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Nº 188 (1990), p. 150.

¹⁵ A. LUNA YERGA, "Oportunidades perdidas", www.indret.com, p. 2.

¹⁶ A. BERROCAL LANZAROT, "A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado". Revista de la Escuela de Medicina Legal, Universidad Complutense de Madrid, febrero 2011, p. 37.

mente corrió la víctima de un daño, sino como un elemento totalmente ajeno a ella. Entonces, si un médico cirujano en una operación difícil no obtiene el resultado esperado, no por ello vamos a afirmar que la víctima ha perdido una chance de mejoría o de sobrevivir, y consecuencialmente deba ser indemnizado. La víctima se sometió a una operación con claro conocimiento y aceptación del alea involucrado en la intervención médica. Otra cosa es demostrar que el médico actuó negligentemente y a consecuencia de la culpa probablemente se encuentra a la cabeza del incremento del riesgo que provocó, y en definitiva de la pérdida de las oportunidades de evitar el daño. En el mismo sentido, el jinete que cae del caballo impidiendo con ello que el propietario perciba las ventajas de la victoria carece de mérito indemnizatorio. Distinto es el escenario si el mismo jinete retiene al caballo voluntariamente con el objeto de no ganar la carrera.

Pues bien, dicho lo anterior, consideramos prudente proponer al lector un esquema de dos partes con el fin de enfocar nuestro estudio sobre la pérdida de una chance. En primer lugar, nos abocaremos a su ALCANCE (I), y en segundo lugar, nos concentraremos en se DIMENSIÓN RESARCITORIA (II).

I. La pérdida de una chance: su alcance.

9.- En esta primera parte, luego de habernos concentrado en el dominio conceptual de la pérdida de una chance (A), nos referiremos a su aplicabilidad contestada en el estadio médico-sanitario (B).

A.- Dominio conceptual de la pérdida de una chance.

10.- Hemos decidido abordar esta sección deteniéndonos en un primer momento en algunos aspectos conceptuales de la pérdida de una chance (a), para referirnos más tarde a los presupuestos o exigencias básicas que la noción exige para ser retenida (b).

a.- Algunos aspectos conceptuales de la pérdida de una chance.

11.- **Bajo una visión panorámica del instituto,** y a modo de concepto, podemos indicar que la doctrina y la jurisprudencia francesa, en general, atribuyendo un carácter esencialmente positivo a la chance perdida, definen la figura como la "desaparición cierta de una eventualidad favorable"¹⁷. En este sentido, la profesora L. WILLIATTE-PELLITTERI sostiene más particularmente que "la pérdida"

¹⁷ Casación, 1ra. civil, 21.11.2006, Boletín civil, I, nº 948, RLDC Enero 2007, p. 22 obs. C. KLEITZ, JCP 2007, I, nº 115, obs. Ph. STOFFEL- MUNCK, nº 2. Se desprende de la sentencia: "Solamente constituye pérdida de una chance reparable la desaparición actual y cierta de una chance eventualidad favorable".

de una chance es una creación pretoriana destinada a indemnizar la imposibilidad para el demandante de conservar una situación benéfica o de verla realizarse, por el hecho del demandado que ha hecho desaparecer el evento provocador de la chance. En otros términos la pérdida de una chance consiste en indemnizar la no realización de un evento esperado por el demandante"18; la profesora Y. LAMBERT-FAIVRE la identifica con "el impedimento de acceder a esperanzas precisas y reales"19. A su turno, la Corte de Casación se refiere a la figura en los siguientes términos: "el elemento del perjuicio constituido por la pérdida de una chance puede presentar en el mismo un carácter directo y cierto cada vez que es constatada la desaparición, por el efecto del delito, de la probabilidad de un evento favorable, aun cuando por definición la realización de una chance no sea jamás cierta"20. En síntesis, la oportunidad es identificada jurídicamente como un beneficio **probable o una ganancia esperada.** Conceptualmente resulta interesante mencionar además, que aun cuando existan importantes probabilidades de una ventaja particular, el hecho que ésta desaparezca a causa de un tercero no hace más que demostrar la existencia de un alea siempre involucrado en los fenómenos que no se han verificado aún. En este sentido, "el juez reconoce la parte de la chance en la vida humana. La reparación de este perjuicio se inscribe de esta manera en el movimiento de integración de la chance en el campo jurídico"21. Es por lo anterior que se ha sostenido que la institución en comento viene a consagrar un "principio de indemnización de eventos aleatorios"22. En efecto, según se desprende de lo demostrado por la ya citada profesora L. WILLIATTE-PELLITTERI, en la figura comentada lo que en definitiva indemnizan los jueces es la pérdida positiva de un alea, en otros términos una suerte de lanzamiento de dados que afectado por las consecuencias del azar provoca a la víctima la pérdida irremediable de la posibilidad de obtener un evento aleatorio positivo, es decir, una chance, una oportunidad²³.

12.- En este contexto, su reconocimiento pretoriano ha sido amplio, siendo diversas las especies que enriquecen los repertorios de juris-prudencia francesa²⁴. Se destacan situaciones como la del postulante a un concurso que no puede rendir su examen a causa de un accidente imputable a un tercero, perdiendo la chance de aprobarlo²⁵; o la del abogado que por

¹⁸ L. WILLIATTE-PELLITERI, "Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables", LGDJ, Paris, 2009, n° 412.

¹⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, op. cit., loc. cit.

²⁰ Casación, criminal, 09.10.1975, GP, 1976, 1, p. 4.

²¹ I. VACCARIE, "La perte d'une chance", RRJ 1987-3, p. 904.

²² J. BORE, op. cit. n° 23.

²³ L. WILLIATTE-PELLITERI, op. cit., n° 426.

²⁴ Puede verse, Ph. le TOURNEAU, "Droit de la Responsabilité et des Contrats", Dalloz Action, 2010-2011, n°s 1417 y ss.

²⁵ Casación, 2da. civil, 17.02.1961, Boletín Civil II, n° 137, p. 100, GP. 1961, 1, 400; CA Limoges, 19.10. 1995, JCP, 1996, IV, p. 897.

negligencia impide que su cliente pueda hacer valer un derecho en juicio²⁶; o en el terreno de juegos de azar un jinete que actuando culpablemente en una carrera —en los hechos impidió voluntariamente que el caballo continuara la carrera producto de un inexplicable error en el control del animal— ha sido condenado a responder del perjuicio sufrido por los apostadores²⁷. **Los casos expuestos representan una clásica visión de la pérdida de una chance, en cuya virtud el objeto de la indemnización corresponde a la reparación de la oportunidad perdida, cierta y concreta.** Si bien el perjuicio final es incierto, pues es imposible saber si a causa de la falta del abogado, por ejemplo, el cliente perderá el juicio, el detrimento intermedio identificado con la pérdida de la probabilidad de obtener un evento favorable es totalmente cierto y vinculado causalmente al hecho generador de la situación dañosa.

13.- Saliendo de Francia, la chance ha sido objeto de examen en los derechos del Common Law. Hacemos presente que en estos derechos la pérdida de una chance opera en el ámbito de la causalidad probable del daño y no a título de perjuicio particular, como sucede en Francia. Así, la interrogante consiste en determinar las probabilidades que existen de que el agente dañoso esté a la cabeza del daño y no en resarcir las consecuencias gravosas de una pérdida basada en una probabilidad, o, si se quiere, aleatoria. Sobre el punto se ha pronunciado la doctrina chilena. Siguiendo al profesor E. BARROS BOURIE, el análisis económico de la responsabilidad motiva una aguda discusión, provocando en consecuencia que se afirme que la responsabilidad puede basarse en una sustancial probabilidad, en general superior al 50%, en aplicación del comentado sistema del "todo o nada"28. En relación a lo anterior, don R. DOMÍN-GUEZ ÁGUILA enseña, que la situación descrita provoca que "la chance en sí no tenga un valor propio", sino que es valorada "bajo los mismos criterios que el daño pasado y absolutamente cierto "29. En esta base conceptual, el citado profesor DOMÍNGUEZ cita al juez inglés BOWEN, quien razona: "la chance de un provecho no es lo mismo que el provecho (...)", así como "el riesgo de sufrir un daño no es lo mismo que sufrir el daño "30. Lo transcrito demuestra la neta distinción entre la oportunidad perdida (destrucción imputable de la eventualidad) y el daño final no indemnizable (beneficio hipotético). En fin, desprendemos que el escenario es de discusión. Por un lado, existe una tendencia jurisprudencial inclinada a ordenar que una vez acreditado un margen de probabilidad causal superior al 50%, el agente del daño debe ser condenado a la reparación de la integridad

²⁶ Casación, social, 14.02.2001, D. 2001, IR, p. 1589.

²⁷ CA Paris, 21.11.1970, JCP, 1972, II, 16.990, 2e esp., note A. BÉNABENT, Casación, 2da civil, 04.05.1972, D. 1972, p. 596, note Ph. LE TOURNEAU.

²⁸ E. BARROS BOURIE, "Tratado de responsabilidad extracontractual", Editorial Jurídica, Santiago, 2006, n° 246, p. 381.

²⁹ R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, op. cit., p. 151.

³⁰ Chamberlain vs. Boyd, 11 Q.B.D. 407, AT 416 per BOWEN L.J. (CA 1883), citado por R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, art. prec., p. 150.

del perjuicio³¹, y no de la probabilidad; por otro, tanto en Inglaterra³² como en Estados Unidos³³ existen fallos que siguiendo el espíritu del mencionado fallo *Chaplin vs. Hicks* constituyen prueba de una corriente pretoriana defensora del resarcimiento en materia de oportunidades perdidas, en virtud de la cual el agravio radicado en la privación de una expectativa verificable probabilísticamente es reparable. Para este último enfoque, la teoría de la pérdida de una chance se eleva como un mecanismo de justicia resarcitoria, para ingresar en el ámbito de la proporcionalidad imputable al autor del daño.

14.- En otro orden de ideas, una doctrina minoritaria en Francia defiende que la expresión "chance" reviste asimismo un carácter **negativo.** De lo anterior se sigue que quien pudiendo evitar el acaecimiento de un daño no lo hace, podría también ser condenado civilmente a título de pérdida de una chance, alineando terminológicamente la expresión a su sentido común identificable a un "evento aleatorio" 34 que puede ser "bueno o malo" 35. Hacemos presente que la visión negativa antes expuesta es asimismo criticada, pues se estima que corresponde más bien a una confusión de la noción con otra figura: la creación de un riesgo³⁶, la cual puede ser objeto de indemnización, según el criterio que sea adoptado por el tribunal. (En este sentido, ha sido retenida jurisprudencialmente en Francia la figura indicada, estimándose que el solo riesgo de daño constituye un verdadero perjuicio. Citamos, a modo de ejemplo, respecto del daño potencial ocasionable a los portadores de una sonda auricular defectuosa, el fallo de la CA de Paris de 12.09.2008³⁷, que declaró: "el anuncio de la peligrosidad potencial, presentada por este material, que tuvo por consecuencia directa en un primer tiempo, y con anterioridad a su retiro, de aumentar la vigilancia médica del paciente, ha ineluctablemente creado en él un sentimiento de angustia, aun cuando, el riesgo de lesión, de muerte, en caso de ruptura del cable metálico y de salida de la sonda, no se verificó. El paciente entonces, ha sufrido un daño cierto, aun cuando se encuentra expuesto a un daño estadísticamente débil". Un criterio similar fue seguido en materia de riesgo potencial representado por antenas de telefonía según fallo de la CA de Versailles de 04.02.2009³⁸, en que se dispuso categóricamente: "Si la realización de un riesgo permanece hipotético, la incertidumbre sobre la inocuidad de la exposición

³¹ E. BARROS BOURIE, op. cit., loc. cit., cita n° 26.

³² R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, art. prec., cita n° 107.

³³ R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, art. prec., cita nº 104.

 $^{^{34}}$ A. LALANDE, "Vocabulaire technique et critique de la philosophie", PUF (coll. « QUADRIGE ») 1992, V° Chance.

³⁵ A. BÉNABENT, "La chance et le droit", LGDJ, Paris, 1973, n°1.

³⁶ Lo afirmado generalmente a propósito de materias de responsabilidad médica, en que como veremos la pérdida de una chance se identifica con las eventualidades positivas de sanar o sobrevivir. En contra, Ph. BRUN (*"Responsabilité civile extracontractuelle"*, Litec, Paris, 2009, n° 182) sostiene que es más bien el reconocimiento de una visión negativa de la chance, identificada con la eventualidad de evitar una pérdida

³⁷ CA Paris, 12.09.2008, N° 07/05802.

³⁸ CA Versalles, 04.02.2009 n° 08/08775.

de las ondas emitidas por las antenas de repetición, puede ser calificada de seria y razonable, de tal suerte que configura una angustia legítima constitutiva de un fenómeno perturbador de carácter anormal". "La cesación del perjuicio moral resultante de la angustia sufrida del hecho de la instalación sobre la propiedad vecina de esta antena impone ordenar su desconexión"). En vista de lo expuesto, afirmamos que la opinión en orden a sostener que la principal especificidad de la creación del riesgo corresponde a que éste, en principio, no es indemnizable, sino cuando es concretizado, a diferencia de la pérdida de una chance que contiene resarcitorio en ella misma³9, es, desde luego, cuestionable. Por último, a favor de la distinción, y a modo ilustrativo, citamos a la profesora L. MAZEAU, quien presenta: "la pérdida de oportunidad puede corresponder a la desaparición de la probabilidad de obtener una ventaja, el riesgo puede designar, en revancha, la existencia de una probabilidad de sufrir una pérdida"40.

15.- Creemos que desconocer en la pérdida de una chance su aspecto negativo obliga a reducir forzadamente su campo de aplicación, quizás por razones meramente semánticas. No podemos excluir del instituto su vertiente concentrada en la supresión de las chances de evitar un mal. Así, tal como veremos, la muerte o la agravación de una persona. Este es el fundamento de la condena del médico, que probablemente está a la cabeza de la destrucción de las oportunidades de que disponía el paciente para recuperarse o para no morir. Por otro lado, respecto del riesgo, y el temor expresado por la doctrina francesa a identificar ambas figuras, debemos decir que éstas a menudo van encadenadas. Lo anterior se aprecia con nitidez en problemas en que la chance perdida debe ser estudiada a propósito de conexiones causales probables, como las verificables en el escenario médico, a las que hemos hecho alusión recientemente. En efecto, en las materias señaladas, el daño de la víctima sufrido a consecuencia del incumplimiento de la obligación de información o de diagnóstico del médico provoca que el riesgo de morir o de agravamiento se incremente, perdiéndose a su vez las chances de evitar el daño. En fin, de la lectura de cierta jurisprudencia⁴¹, también puede entenderse el reconocimiento de esta corriente pronunciada en concordancia con una visión anticipativa de la responsabilidad⁴². Luego, no tenemos problema en seguir en este punto al derecho anglosajón que reconoce a la chance su aspecto negativo y en íntima conexión con la creación del riesgo generado por el agente dañoso⁴³.

³⁹ M. FABRE-MAGNAN, "De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie", LGDJ, París, (Coll. « Bibliothèque de Droit privé ») tomo 221, 1992, n° 624.

⁴⁰ L. MAZEAUD, "La responsabilité des professionnels exploitants une activité à risque", Tesis, Toulouse, 2010, n° 166.

⁴¹ Por ejemplo, se ha fallado que el médico no podía "ignorar" (Casación, 1ra. civil, 02.05.1978, Boletín civil, n° 167); o, en referencia a la culpa en un diagnóstico oportuno, que éste "habría permitido tomar una decisión" (CA Pau, 21.12.2000, JCP, 2001, IV, 2329). Las sentencias citadas fueron dictadas en referencia al desenlace corporal del enfermo: su muerte o su agravación. Luego, el médico es condenado por su incapacidad de evitarlo.

⁴² D. TAPINOS, "Prévention, précaution et responsabilité civile", L'Harmattan, Paris, 2008, n°s 171 y ss.

⁴³ En este sentido E. BARROS BOURIE, op. cit., n° 246, p. 381.

16.- Ahora bien, defendemos que el mérito indemnizatorio de la pérdida de una chance es totalmente ajustado a Derecho, "la probabilidad de obtener una ganancia o de evitar un daño tiene un valor patrimonial; su disminución causada por un hecho defectuoso abre un derecho al resarcimiento de la fracción del valor perdido"⁴⁴. De ello se sigue que la chance debe ser reparada, pues representa en sí misma un valor apreciable pecuniariamente. Dicho valor puede haberse asignado por las partes en el contrato, tener un valor de mercado, o incluso ser determinado por el juez en atención a la prueba rendida por la víctima. Luego, el carácter aleatorio de la oportunidad o de la expectativa no la priva de ser indemnizada cuando ésta ha sido culpablemente distraída del patrimonio de su titular, pues su valor es plenamente determinable. Sin perjuicio de lo indicado, la reparación del perjuicio exige ciertas condiciones para que pueda ser reconocido. Sobre este punto nos pronunciaremos en el acápite siguiente.

b.- Presupuestos vitales de la pérdida de una chance.

17.- Respecto de los requisitos necesarios para que la pérdida de una chance presente mérito indemnizatorio, reconocemos, en **primer lugar**, la exigencia que la probabilidad que efectivamente se ve suprimida lleve aparejadas real y seriamente⁴⁵ posibilidades de producirse. En efecto, aun cuando la oportunidad sea aleatoria, es indispensable que "la probabilidad de acontecimiento del evento favorable haya sido importante"⁴⁶. Luego, el alumno que no puede rendir un examen a causa de un tercero, y que no presentaba buenas calificaciones parciales, no podrá invocar la pérdida de la chance de aprobar la evaluación⁴⁷. Insustituible resulta, en **segundo lugar**, que su desaparición sea ajena a la voluntad de quien la invoca⁴⁸. En **tercer lugar**, la jurisprudencia sostiene que para que la oportunidad perdida pueda ser indemnizada, es necesario que sea demostrado el nexo de causalidad que vincule a este perjuicio con el hecho destructor de la oportunidad en cuestión⁴⁹. Por último, se ha decidido, en **cuarto lugar**, que la chance u oportunidad debe verse condicionada en virtud de un

⁴⁴ Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, op. cit., n° 189.

⁴⁵ En este sentido, fue desestimada la acción por pérdida de una chance por defecto del indicado requisito por la Corte de Casación, en fallo de 19.03.1997, Boletín criminal, 1997, n°109. En la especie, una víctima contaminada con Hepatitis C no puede alegar la pérdida de una chance de obtener trabajo a causa de su contagio. La pérdida de la chance no era ni cierta ni actual. La Corte requirió que era necesario demostrar una reducción de capacidad física, psico-sensorial o intelectual respecto del hecho de la contaminación.

⁴⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, "Chroniques", JCP G 2007, I, 185, n°2.

⁴⁷ Casación, 2da. civil, 17.02.1961, GP, 1961, 1, p. 400.

⁴⁸ Casación, 1ra. civil, 02.10.1984, n° 83-14.595, Boletín civil I, n° 245. En la especie, el beneficiario de un seguro no puede reclamar pérdida de la chance derivada de la resciliación del mismo por no pago de la prima, no obstante que no se le haya puesto en conocimiento por carta certificada del hecho de la resciliación.

⁴⁹ Ver en este punto, G. VINEY et P. JOURDAIN, "Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité", LGDJ, 3ra. ed., Paris, 2006, n°282. Por otro lado, apreciaremos que esta condición constituye el núcleo de la argumentación de aquellos que sostienen que la pérdida de una chance no puede manifestarse en las contingencias de curación o de sobrevivencia.

breve espacio temporal apreciado prudencialmente por el tribunal⁵⁰ **con proyección hacia el futuro.** Así, la chance que no pudo ser intentada debe "preexistir al daño"⁵¹. En este sentido, nos enseña R. SAVATIER: "la chance perdida se ubica en el futuro. No sabremos jamás sin una suposición del avenir si ella será realizada. (...) Creemos inaceptable situar, por el contrario, las chances en el pasado, donde se asienta, ya, el evento al cual se aplica"⁵².

18.- Estamos de acuerdo con la postura generalmente aceptada relativa a que la chance perdida debe tener vocación de concretizarse en el futuro, aun cuando se sepa que jamás se podrá verificar, pues una oportunidad es de por sí incierta. Empero, estimamos razonable también indemnizar aquellas chances que estando en camino de ser corridas conllevan un germen de nocividad. Así, por ejemplo, un caballo que antes de correr la carrera es drogado, provoca que el resultado de su participación en la misma no sea bajo ningún respecto similar al que pretendían los apostadores o propietarios. De aquí que sea posible sostener que la chance fue disminuida, siendo para nosotros perfectamente reparable. En sentido de lo anterior, los profesores G. VINEY y P. JOURDAIN proponen una apreciación diferenciada de la institución (sin descartar la pérdida de una chance en alguna de las situaciones), manifestando que el escenario resarcitorio puede presentarse tanto en casos en que el demandante haya intentado su chance, como cuando se ve privado de intentarla. Indican los mencionados autores "que el principio de la reparación debería ser admitido en todos los casos donde el demandante aporte la prueba que el hecho imputado al demandado anula una chance real que estaba intentándose"53. Por ejemplo, a propósito de iniciar negociaciones en vista de concluir un contrato que no puede llevarse a buen término porque un tercero se apropia del negocio por maniobras fraudulentas⁵⁴. Por otro lado, "la situación puede asimismo presentarse, en contra, bajo un ángulo diferente cuando el demandante no ha intentado todavía la chance"55. Se deprende más adelante de lo expuesto por los citados profesores que cuando el daño invocado consiste en la pérdida de la posibilidad de beneficiarse de una chance en el futuro, es requerido además por los tribunales un elemento de proximidad respecto del momento en el cual la esperanza desaparecida habría podido concretizarse. Es por lo indicado que será rechazada la pérdida de una chance de contraer matrimonio cuando los esponsales no son aun celebrados, o de celebrar un

⁵⁰ Casación, 2da. civil, 10.10.1073, Boletín civil II, n° 254, p. 203. En los hechos, una persona de 39 años, que había interrumpido la preparación de una tesis doctoral y que no ejerce ninguna actividad lucrativa, no puede alegar pérdida de una chance producto de un accidente, respecto de la carrera que el doctorado podría ofrecerle.

⁵¹ En este sentido, L. WILLIATTE-PELLITERI, op. cit., n° 418.

⁵² R. SAVATIER, "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?", D. **1970, chronique, p. 123.**

⁵³ G. VINEY et P. JOURDAIN, op.cit., loc. cit., n° 283.

⁵⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, op.cit., loc. cit.

⁵⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, op.cit., loc. cit.

contrato cuando las negociaciones no son avanzadas. En contra, se retendrá la pérdida de una chance en el escenario de una promoción profesional cuando dicha promoción es considerada como inminente a la época de acaecimiento del hecho que la impide⁵⁶.

19.- Cuestionando la perspectiva temporal o cronológica expuesta, el profesor Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ manifiesta que "otro criterio debe ser encontrado"57. Se basa principalmente en que "poco importa que la chance no haya podido ser intentada o que ésta haya fracasado; lo que cuenta, es saber si el potencial de chance de la victima ha sido o no injustamente disminuido"58. En concreto, lo que propone el profesor referido corresponde a recurrir a un criterio causalista de determinación del perjuicio de pérdida de una chance⁵⁹. Determinante en su postura corresponde el hecho de saber si la víctima sufrió o no una disminución efectiva, es decir, cierta e imputable al agente, de sus oportunidades o de sus chances, a la época de la realización del hecho generador, verificando el cálculo con total independencia del daño final. El carácter esencialmente causalista de la apreciación radica en que ésta se centra en el efecto de la intervención culpable del tercero reductor de las chances. Entonces, de existir dudas sobre su intervención, la responsabilidad no podrá ser comprometida. Por otro lado, de no existir dudas, las chances de la víctima deben ser apreciadas antes y después de la intervención del demandado, abriendo un derecho, en consecuencia, al reembolso de lo perdido por concepto del valor patrimonial disminuido, en atención a la disminución de la probabilidad de acceder a un evento favorable o de evitar un daño. Luego, más que centrarse en la temporalidad de la oportunidad, y que la chance sea futura, es fundamental que en todos los casos en que la pérdida de una oportunidad deba ser indemnizada, siempre el vínculo de causal entre el hecho generador y la chance perdida sea cierto.

20.- Creemos que la opinión señalada no resiste ser inserta en el dominio médico, en que la causalidad entre el hecho culpable y el daño navega en un mar de probabilidades. Intentar justificar un argumento de causalidad fundándose en el hecho imputable y las oportunidades por éste reducidas, en clave de daño probable y separándolo del daño efectivamente acaecido, lo consideramos incorrecto. No debemos olvidar que en este espacio la pérdida de la chance debe ser apreciada en el daño final, en virtud de un mecanismo de determinación probabilística del porcentaje causal que es posible adjudicar al agente en la realización del agravio. Creemos que la única determinación causal posible, luego, no puede ser otra que la fijada con miras a la determinación de una

⁵⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, op.cit., loc. cit.

⁵⁷ Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, op. cit., n° 189.

⁵⁸ Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, op. cit., loc. cit.

⁵⁹ Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, op. cit., loc. cit.

causalidad probable, mediante criterios científicos o de aproximación, en los términos indicados.

- 21.- De acuerdo a lo anterior, intentaremos profundizar un poco más en la aplicación de las chances perdidas insertas en el terreno de la responsabilidad médica.
- B.- La aplicabilidad contestada de la pérdida de una chance en el dominio médico-sanitario.
- 22. En este segmento nos concentraremos en el **criterio seguido en Francia** para retener la pérdida de una chance de salud o de sobrevivencia (a), para posteriormente exponer los **cuestionamientos a los que se ha visto expuesta la figura en esta materia** (b), culminando con una **exposición jurisprudencial comparada al efecto** (c).
- a.- El criterio seguido en Francia respecto a la pérdida de una chance de sobrevivencia o de curación.
- 23. En conformidad a la explosión de la responsabilidad de profesionales de áreas pertinentes a la salud, el terreno en que más desarrollo ha tenido el perjuicio en estudio, ha sido "incontestablemente la pérdida de una chance de curación o de sobrevivencia"60, constituyendo ésta un enfoque moderno del instituto. En este dominio, la chance opera respecto de los errores en los diagnósticos o defectos en el cumplimiento de la información debida por el médico al paciente, los que si bien no admiten ser a simple vista identificados como la causa del detrimento final sufrido (muerte o agravación de salud) –pues éste pudo haberse verificado iqualmente por otros factores no obstante la intachable labor del galeno- sí pueden ser traducidos en la razón por la cual el paciente se vio impedido de tomar la decisión de someterse o no a la intervención quirúrgica o al tratamiento, perdiendo su chance o su oportunidad de curación o de sobrevivencia. De aquí que la doctrina francesa le atribuya un carácter de daño particular. Razonamiento que nosotros criticamos. Sin perjuicio de lo anterior, la actividad resarcitoria de la pérdida de una chance bajo un escenario médico-sanitario ha sido fuertemente criticada por la doctrina en Francia, tal como veremos.
- 24.- Lo expuesto, ya que desde un punto de vista amplio la figura se ubica en una dimensión diversa a la visión clásica del instituto. Esto se manifiesta en que bajo una óptica tradicional, la desaparición de la oportunidad constituye un agravio plenamente resarcible, no obstante ser aleatorio, producto del fuerte contenido probabilístico de la verificación de la chance, lo cual le atribuye su

⁶⁰ G. VINEY et P. JOURDAIN, "Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité", LGDJ, 2da. ed., Paris, 1998, n°280, citado por L. NEYRET, "Atteintes au vivant et responsabilité civile", LGDJ, Paris, 2006, n° 787.

particularidad especial al detrimento. Hacemos presente además que no existe observación alguna al vínculo causal entre hecho generador y perjuicio aleatorio (pérdida de una chance), toda vez que éste se presenta como directo y sin alteraciones. Así, el recurrido caso del estudiante que no puede intentar su chance de aprobar un examen a consecuencia del hecho culpable de un tercero no presenta defecto en el campo de la causalidad del daño. La probabilidad de aprobar era real, concreta y objetiva (imaginemos además que el alumno había obtenido evaluaciones parciales satisfactorias), y fue a causa del evento culpable en cuestión que se configuró el daño consistente en la sustracción fáctica y probable de la materialización de la oportunidad o de la chance. El vínculo causal es nítido, faltando solamente determinar y, en consecuencia, valorar pecuniariamente cuáles eran las chances de aprobar. En cambio, en una lectura vinculada al dominio médico, si bien el daño existe –la víctima empeoró o murió– el nexo conector entre la acción u omisión del médico y dicho daño es difuso, oscuro o incierto. No sabemos si el paciente no hubiera muerto o no se hubiera agravado si el médico hubiera actuado sin culpa. Sin perjuicio de lo anterior, el sentenciador en justicia rechaza la demanda por el daño total representativo del estado consumado del enfermo, esto es, su muerte o su agravación, indemnizando la pérdida de las oportunidades de evitar el daño. Citamos al destacado jurista A.TUNC quien mediante una célebre cita enseña la distinción: "cuando los tribunales indemnizan la pérdida de una chance están en presencia de una culpa inserta en un vínculo cierto de causalidad con un daño aleatorio. ¿Por qué no podrían acordar una indemnización cuando un daño cierto está inserto en una relación aleatoria de causalidad con una culpa previa?"61.

25.- La jurisprudencia gala ha suplido la incertidumbre del nexo causal, estimándolo como cierto y directo, en conformidad a las reglas generales, mediante una relajación de los estándares de apreciación de la causalidad del daño. De otra manera, no podría resarcirse la pérdida de las oportunidades de evitar la muerte o el agravamiento. Conforme a lo anterior, ha sido afirmado que la noción en estudio "permite crear un vínculo causal ficticio entre el acto médico y el perjuicio sufrido: es porque el médico no ha informado suficientemente al paciente los riesgos del acto médico, que este último lo ha aceptado y ha sufrido el perjuicio "62". Se ha dicho además que la pérdida de una chance "es una forma de perjuicio particular que mide la existencia y la extensión del vínculo de causalidad que lo une al hecho generador de responsabilidad de suerte que la afirmación de la pérdida de una chance equivale al reconocimiento de este vínculo "63". Desde el ámbito de las principales teorías de la causalidad, ni la tesis de la equivalencia

⁶³ J. BORE, art. prec., n° 41.

⁶¹ A. TUNC, "Perte d'une chance suite à une erreur de diagnostic", RTD civ., 1963, p. 334.

⁶² En este sentido, A. DORSNER-DOLIVET, "Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie", Tesis, Paris, LGDJ, 1986, pp. 427-434, citado por L. WILLIATTE-PELLITERI, op. cit., n° 442.

de las condiciones ni de la causalidad adecuada parecen justificar su retención. En efecto, la primera de las posturas, considera que todos los eventos que han participado de la gestación del daño pueden ser considerados como condiciones de éste. Así, ¿es posible considerar que la culpa del médico es condición sine qua non del daño, si no es factible afirmar que sin ella el daño no se hubiera producido? Siguiendo al autor J. BORE, "la culpa no ha creado más que una posibilidad de daño "64. Respecto de la teoría de la causalidad adecuada, por su parte, la culpa del médico debería ser la causa generadora del daño -según la experiencia y el desarrollo normal y habitual de los hechos- para que pudiera ser retenida como tal por el juez. Una afirmación en tal dirección podría considerarse insuficiente. Luego ¿cuál es el criterio en que se basan los jueces franceses para retener en este dominio el vínculo causal cierto y directo por ellos mismos exigido? El profesor J. BORE sostiene, que el juez combina una ley causal y una ley aleatoria en una concepción de causalidad⁶⁵. Luego, en virtud de una ley aleatoria, el médico es una de las posibles causas del impedimento en la curación o en la sobrevivencia, así como lo pueden ser las causas naturales del deceso o del agravamiento. Luego el juez decide, ajustando su elección a una ley causal generada por la infracción en el cumplimiento de la obligación de información o en el diagnóstico tardío.

26.- Por otra parte, en cuanto a la apreciación de la pérdida de una chance, "la Corte de Casación reconoce a los jueces de fondo un poder soberano (...) sobre el punto de saber específicamente si la chance existía realmente"66, por una parte; mientras que por otra, la libertad soberana del juez es también reconocida en materia de valoración de la chances perdidas. Así se desprende de lo expuesto por el reconocido informe del consejero de la Corte de Casación profesor P. SARGOS: "Ellos deben (jueces de fondo), en un primer momento, razonar como si la culpa del médico hubiera causado el daño entero y evaluar en consecuencia la totalidad de los diversos perjuicios de la víctima, distinguiendo bien entre el que es sometido al recurso de terceros pagadores (seguros) y el que no lo es (indemnización a título personal); - después, en un segundo momento, ellos deben fijar la fracción del total de estos perjuicios que atribuyen a la pérdida de chance, siendo su apreciación en este punto soberana "67. En rigor, el sentenciador dispone de plena libertad en la fijación del daño aun cuando estadísticas demuestren lo contrario. Agregamos que un criterio más casuístico es posible de reconocer en este punto por los tribunales españoles. En efecto, por sentencia de 14.11.2006 pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón⁶⁸, se estableció que la pérdida de una oportunidad se trata de un daño basado en

⁶⁴ J, BORE, art. prec., n° 16.

⁶⁵ J. BORE, art. prec., n° 13.

⁶⁶ J. BORE, art. prec., n° 41.

⁶⁷ P. SARGOS, "Perte de chance en matière médicale : préjudice en découlant et modalités de réparation", JCP G 1997, II, 22921.

⁶⁸ JUR 2007/224055, citada por A. BERROCAL LANZAROT, art. prec., p. 42.

el cálculo de posibilidades, acomodándose la indemnización a tales circunstancias, resultando evaluable en cada caso. En la especie, se fijó la indemnización teniendo en cuenta las características del tumor (se trataba de un enfermo de cáncer), su ubicación, lo informado sobre las posibilidades de la paciente, y el baremo retenido por la ley 30/1995. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo español por fallo de 12.07.200769 tuvo en cuenta la edad y las responsabilidades familiares del afectado para determinar la indemnización.

27.- La determinación del vínculo de causalidad entre hecho generador y daño ha sido objeto de un fuerte cuestionamiento doctrinal, el cual expondremos a continuación.

b.- Lectura crítica al reconocimiento de la pérdida de una chance de curación o de sobrevivencia.

28.- El reconocimiento jurisprudencial de la pérdida de una chance en materia de responsabilidad médica –sobre el cual nos referiremos más adelante bajo los márgenes de una aproximación panorámica- ha dado lugar a fuertes cuestionamientos doctrinales en Francia⁷⁰. **En efecto, la crítica principal,** según expone la profesora D. TAPINOS "consiste en denunciar un desplazamiento del objeto de la teoría de la pérdida de una chance del perjuicio al vínculo de causalidad". Continúa la citada autora "inicialmente definida (la pérdida de una chance) como un daño parcial, ella es hoy día utilizada con el fin de disminuir la exigencia de prueba de un vínculo de causalidad cierto, en otras palabras, para paliar la duda que afecta el vínculo de causalidad entre el hecho generador y el daño"71. En este sentido expone la profesora Y. LAMBERT-FAIVRE: "una jurisprudencia bastante discutible ha utilizado la noción de pérdida de una chance de curación o de sobrevivencia como substituto de una causalidad indecisa, ahora bien, la pérdida de una chance se enmarca en la apreciación de daños eventuales y no en la causalidad: la Corte de Casación lo recordó en una sentencia (...) del 17.11.1982"72. A su turno el profesor Ph. BRUN expone: "(la pérdida de una chance) deviene un paliativo a las incertidumbres del vínculo de causalidad entre el hecho imputable al demandado y el daño final: decir que un hecho ha hecho perder a la víctima una chance de evitar el daño, ¿no es otra manera de decir que este hecho ha contribuido en una medida mal determinada en dicho daño?73 Por su parte, se desprende de lo expuesto por el decano R. SAVATIER que la pérdida de una chance no es más

⁶⁹ RJ 2007/4993, citada por A. BERROCAL LANZAROT, art. prec., loc. cit.

⁷⁰ D. TAPINOS, op. cit., n° 164.

⁷¹ Visiones contrapuestas se aprecian en la doctrina gala. Entre quienes cuestionan la figura destacan: R. SAVATIER, op. cit.; F. CHABAS, op. cit.; J. PENNEAU, nota, Casación, 1ra. civil, 01.03.1973, D. 1973, P. 595; C. RUELLAN, op. cit. Mientras que a favor de la pérdida de una chance reconocemos: G. DURRY, RTD civ, 1979, p. 797; J. BORE, op. cit., D. TAPINOS, op. cit. n° 187. Se detectan además autores con opiniones moderadas, entre ellos : G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 371.

72 Y. LAMBERT-FAIVRE, "De la poursuite à la contribution; quelques arcanes de la causalité", D. 1992, p. 311.

Ph. BRUN, "Responsabilité civile extracontractuelle", Litec, 2da. ed. 2009, París, nº 182, cita nº 43.

que una salida en un juicio de responsabilidad en donde el juez es preso de la duda y se considera incapaz de establecer un vínculo de causalidad entre hecho generador y daño, citando al autor: "en realidad esta pretendida chance objetiva se confunde con su incertidumbre subjetiva (del juez) sobre las causas del daño "74. Los profesores G. VINEY y P. JOURDAIN, en esta línea sostienen: "No podemos entonces negar que se trata de un artificio de razonamiento inventado en el objetivo de eludir el obstáculo que la exigencia de una causalidad cierta es susceptible de oponerse a ciertas demandas de indemnización dirigidas contra el autor de una culpa médica (probada) por la víctima de un daño (igualmente establecido)⁷⁵. Más adelante los citados profesores agregan "el tribunal no dispone de ningún criterio objetivo (en la retención de la pérdida de una chance): es conducido a adoptar soluciones arbitrarias y netamente (...) a proyectar en la evaluación de la reparación sus propias dudas sobre la existencia de la causalidad"⁷⁶, alegando en definitiva que una reparación válida para las víctimas debe ir de acuerdo a su resarcimiento integral, real y concreto (la muerte, la agravación en el estado del paciente), mas no la pérdida de las chances de curación o de sobrevivir. En cuanto a este último punto, agregan los autores: "sería más satisfactorio permitir a la víctima obtener una reparación integral de sus daños sobre la base de una relajación de la carga de la prueba que pesa normalmente sobre ella, cada vez que al menos las circunstancias permitan presumir razonablemente el vínculo de causalidad entre la culpa médica y el daño". Así justifican: "esta culpa (la del médico) crea en efecto un peligro evidente para la salud y para la seguridad del paciente: es entonces normal que si este peligro se realiza, la causalidad se presuma"77. Esta postura de la doctrina francesa nos motiva a traer a colación el criterio con que han fallado algunos tribunales norteamericanos, los cuales han ordenado la integral reparación de los perjuicios causados en eventos en que se ve involucrada la pérdida de una chance. Sin perjuicio de lo indicado, el razonamiento es diverso, pues se funda en dos factores: primero, en el incremento del riesgo generado por el facultativo a consecuencia de su negligencia; segundo, en que dicho incremento de riesgo sumado al riesgo de la enfermedad o lesión preexistente, condujo a la producción de un daño único e irreversible; en conclusión, la retención de la responsabilidad del médico por la totalidad de los perjuicios se justifica entonces porque el médico contribuyó sustancialmente en la producción del daño, a menos que pueda demostrarse por éste alguna base para su distribución78.

29.- En rigor, el debate es trabado en dos puntos, el primero, entre la ausencia de vinculación causal entre el hecho generador y el perjuicio; luego, el tribunal reacio a rechazar la demanda por defecto de causalidad,

 $^{^{74}\,}$ G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 371

⁷⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., loc. cit.

⁷⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., loc. cit.

⁷⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., loc. cit.

⁷⁸ A. LUNA YERGA, op. cit., p. 33.

indemniza parcialmente el daño sobre el sustento de la pérdida de una chance. Lo mencionado ha llevado a sostener que se está en presencia de una desviación⁷⁹ en la calificación de la institución, atribuyéndole una función de paliativo de incertidumbre causal y alejándola de la noción de probabilidad, chance u oportunidad amparada por el Derecho de la responsabilidad; y segundo, en la cuestionable aplicación de la noción de chance perdida frente a un daño ya producido, no existiendo ya chances a proyectarse, "sino un evento pasado, cuya causa es incierta"80 en palabras de R. SAVATIER. Siguiendo a este último autor, la chance a indemnizarse es aquella que se "ubica en el futuro"81. Así cuando, por ejemplo, el abogado por cuya culpa no permite a su cliente hacer valer un derecho en juicio, el perjuicio final: la pérdida del juicio, permanece incierto. Sólo será reparado el perjuicio cierto traducido en la imposibilidad de hacer valer el derecho. Por otro lado, en materia de responsabilidad médica, "cuando un médico ha cometido un error culpable de diagnóstico y de tratamiento, la chance que hace perder al enfermo recae directamente sobre el éxito del acto médico confiado a su cuidado. Ella no tiene valor propio"82. Lo indicado, es equivalente a sostener que la chance perdida por el paciente se confunde con el perjuicio final. Entrando un poco más en el tecnicismo, en un remarcable trabajo el profesor F. CHABAS se concentra sobre la distinción entre la denominada verdadera y falsa pérdida de una chance. Se desprende de lo expuesto por el indicado autor que para estar en presencia de una "verdadera pérdida de una chance" es menester que el paciente sea portador de un alea de manera que sus posibilidades de recuperación o de sobrevivencia, es decir, sus chances, sean perdidas por la culpable acción u omisión del médico (por ejemplo, paciente ya diagnosticado de un cáncer). Así, es necesario que el paciente "esté ya en una situación de simple sobrevivencia cuando la culpa se produce; que la culpa impida definitivamente el proceso de detención del alea; que ella (la culpa) transforme el alea en certeza"83. Por otro lado, aquel paciente no portador de alea y que muere a causa de una intervención médica (por ejemplo acude a la intervención con el objeto de la extracción de un lunar benigno), su muerte no puede ser analizada a propósito de una eventual pérdida de chances de sobrevivencia, sino definitivamente sobre el punto de saber si el actuar negligente del galeno causó la muerte. En este último caso, el paciente tenía todas la chances de evitar el daño.

30.- Para la doctrina española, por su parte, el reconocimiento jurisdiccional de la figura tampoco transita sobre aguas tranquilas. El profesor M. MARTINS-CASALS, por su parte, manifiesta la desconfianza en que la teoría de la pérdida de una chance se convierta en una excusa para superar cualquier problema de nexo causal, ya que de seguirse esta vía la figura en re-

⁷⁹ C. RUELLAN, op. cit., p. 744.

⁸⁰ R. SAVATIER, op. cit., p. 124.

⁸¹ R. SAVATIER, op. cit., loc. cit.

⁸² R. SAVATIER, nota, Casación, 1ra. civil, 14.12.1965, JCP G, 1966, nº 14753.

⁸³ F. CHABAS, op. cit., p. 140.

ferencia puede abrir las puertas a una responsabilidad sin fin y sin causalidad⁸⁴. Don J. ATAZ LÓPEZ cuestiona abiertamente la figura bajo el argumento que el artículo 1902 del Código Civil español, ordenando la reparación íntegra del daño se opondría a la indemnización basada en una responsabilidad parcial85. El profesor M. YZQUIERDO T. considera que la pérdida de una chance no es más que la inversión encubierta de la carga de la prueba, pues obliga al facultativo a probar que una circunstancia ajena a su actuación provocó el daño imputado a título de pérdida de una oportunidad⁸⁶. En fin, juristas estadounidenses también han criticado la figura al considerarla "como el más pernicioso ejemplo de un nuevo tort action dando lugar a una responsabilidad ampliada"87. Identificándose además, a primera vista, como un mecanismo para crear un incremento del riesgo en la responsabilidad de aquellos que se dedican a la profesión médica, fomentando, por otro lado, al aumento de los costos de salud⁸⁸. Se manifiesta además que el reconocimiento de la teoría es un abierto socavamiento a la búsqueda de la verdad perseguida por las cortes⁸⁹. A lo anterior, sumamos los argumentos de las sentencias que señalaremos más abajo en rechazo de la retención del instituto en comento.

31.- Por nuestra parte sostenemos que el modelo de determinación causal de la pérdida de una chance vigente hoy en Francia no puede justificarse, sino bajo un perseguido fin protector de las víctimas. De lo cual no estamos en contra. Sin embargo, sin dejar de proteger al dañado de una culpa médica que probablemente tiene injerencia en su estado corporal, estimamos que el mecanismo de determinación causal debe ser alterado. Así, la pérdida de una chance es un perjuicio que actúa en un espacio de incertidumbre causal, que necesita de elementos que contribuyan efectivamente a disolver dicha incertidumbre, creemos que una efectiva determinación causal probabilística es una herramienta adecuada al efecto.

32.- Para este enfoque de la pérdida de una chance, lo único que se sabe es que probablemente existe un grado de participación del médico en

414

⁸⁴ M. MARTINS-CASALS, "Proportional liability in Spain: a bridge to far", Universidad de Girona, marzo 2012, p. 32.

J. ATAZ LÓPEZ, "Los médicos y la responsabilidad civil", Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 343-345.
 M. YZQUIERDO TOLSADA, "Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual", Dykinson, Madrid, 2001, p. 214.

⁸⁷ L. D. WEISS, "Tort reform: our permanent issue", Common Sense (The newsletter of the American academy of emergency medicine), vol. 15, julio-agosto 2008, p. 2.

⁸⁸ Ver, L. PERROCHET, S. J. SMITH & U. COLELLA, "Lost Chance Recovery and the Folly of Expanding Medical Malpractice Liability", 27 TORT & INS. L.J. 615, 625 (1992) ("Public policy considerations caution against relaxing standards of causation or recognizing the deprivation of a chance as a compensable injury. This is because lost chance liability exacerbates the problem of defensive medicine in the current climate of attempts at cost containment."), citado por S. R. KOCH, "Whose Loss Is It Anyway? Effects of the "Lost-Chance" Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance", North Carolina Law Review (University of North Carolina School of Law), 2010, v. 88, p. 598.

⁸⁹ T. A. WEIGAND, "Loss of chance in medical malpractice: A look at recent developments", Defense Counsel Journal, Vol. 70, N° 3 (July 2003), pp. 301-314, citado por S. R. KOCH, art. prec., p. 599.

el estado corporal del enfermo. Lo anterior, creemos, obliga a comprender a la causalidad en este escenario -siempre necesaria para retener la indemnización de un perjuicio- mediante criterios de probabilidad estadística o de aproximación. Lo mencionado, con el afán de determinar cuál es el grado de responsabilidad del médico en la pérdida del enfermo. Así, si el médico hubiera actuado sin culpa sería posible sostener que el enfermo probablemente seguiría vivo o no habría sufrido agravaciones de su estado. Por consiguiente, es menester que sea demostrada la existencia de reales probabilidades que de no haber mediado el hecho culpable del agente del daño, la víctima hubiera podido evitar el daño. En otras palabras, otro autor indica ajustadamente que son dos extremos –uno negativo y otro positivo– los que determinan una correcta aplicación de la doctrina de la pérdida de una oportunidad, "constituido el primero por la nula probabilidad que comporta una mera posibilidad; y el segundo, por una alta probabilidad que se viene a convertir en razonable certeza. Así, respecto de este último (positivo), si se tiene la seguridad que de haberse dado la oportunidad de participar al paciente en la toma de decisión, o de aplicarse un determinado tratamiento, no se hubiera producido el daño, y hay probabilidad causal, estamos ante una pérdida de oportunidad que ha de ser objeto de indemnización (reparación). Si, por el contrario, se tiene la certeza que aunque se hubiere dado tal oportunidad el daño se hubiera producido (negativo), no resulta operativa tal doctrina, pues se tiene, valga la redundancia, la certeza de que no hubo nexo causal"90. Es por esto que la indemnización por la pérdida de una chance debe ser traducida en la sustracción de la valoración total del daño de la probabilidad representativa a que el agente pudiera no haber causado el detrimento, adoptando netamente una identificación con un perjuicio especial, atribuido a la intervención culpable del galeno en virtud de esquema probabilístico inserto en un escenario de causalidad probable.

33.- Por otra parte, la defensa de un modelo de causalidad probable en esta materia dice relación con la situación actual de las ciencias y del devenir tecnológico. En efecto, las mediciones que hoy se realizan en estos dominios se sujetan al cálculo probabilístico más que al de causa efecto. El progreso se mide en probabilidades. Esta es una de las razones del porqué "las críticas no son completamente convincentes. Se atienen sólo a las exigencias de una lógica formal a partir de la clásica creencia que en Derecho es posible establecer la causalidad con certeza científica"⁹¹, tal como explica don R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. En este sentido, exponemos nuestra concordancia con lo expuesto por el profesor L. MEDINA en orden a que "el surgimiento y consolidación de la teoría de la pérdida de oportunidad se debe a muchas razones, pero sin duda, una de las más importantes es la toma de conciencia, relativamente reciente en el mundo del Derecho, de que el conocimiento humano es imperfecto y limitado y que

⁹⁰ A. BERROCAL LANZAROT, art. prec., p. 37.

⁹¹ R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, art. prec., p. 154.

sólo puede expresarse en términos de probabilidad"92. Así, la determinación de estándares se apodera de los límites de la pérdida de una chance, en otras palabras, desde dónde y hasta dónde es de justicia reparar la oportunidad suprimida. El punto mencionado no es superfluo en absoluto, el conocimiento de los hechos no encuentra fundamento en la certeza absoluta de las causas. Certeramente el citado profesor L. MEDINA apunta: "Esto es lo que ocurre en muchos asuntos de responsabilidad civil, en relación con la causalidad, donde, a veces, la imposibilidad de acreditarla no elimina la sospecha de que pudo verificarse en el mundo real. Esta sospecha explica en gran medida el surgimiento de las doctrinas de la oportunidad perdida"93.

34.- Sin perjuicio de lo anterior, el análisis de la pérdida de una chance basado en un cálculo de probabilidades puede conducir a ciertas interrogantes relativas a su pertinencia. Lo dicho, particularmente, bajo la dimensión de ordenamientos jurídicos que aceptan estándares de convicción más reducidos –en comparación al sistema latino continental- con el fin de sustentar la reparación integral del perjuicio. Estamos hablando de los sistemas de resarcimiento propios del Common Law, en que el umbral requerido por el ordenamiento (para dar lugar a la indemnización total del daño) se ajusta a porcentajes cercanos al 50%. De aquí que la situación sea delicada de zanjar, pues es de suyo defendible otorgar una plena indemnización a aquel que dispone de un 65% de posibilidades de sobrevivir, como de afirmar el resarcimiento parcial de aquel que detenta un 10% de las mismas. Respecto de aquellos casos en que las estadísticas o probabilidades -sustento de la pérdida de una chance- son débiles, una reparación aun parcial puede ser considerada como desequilibrada en razón de un debilitamiento aun más evidente del nexo causal. Por otra parte, en el evento en que las probabilidades en cuestión sean superiores al umbral de prueba requerido, dos vías pueden ser planteadas. O se repara la integridad del perjuicio o se limita el resarcimiento a la magnitud de la probabilidad en cuestión. De seguirse esta última vía, el sistema de resarcimiento tornaría hacia una causalidad derechamente probabilística, en cuya virtud, el sujeto activo del daño siempre será condenado según la probabilidad de daño en la cual esté involucrado94. Aun cuando a primera vista, el intérprete

⁹² L. MEDINA, "Hacia una nueva teoría general de la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades". Revista de responsabilidad civil y seguro, 2009, p. 35.

⁹³ L. MEDINA, art. prec., p. 36.

⁹⁴ Importantes sentencias pronunciadas bajo un riguroso esquema probabilístico, aun cuando hubiera sido posible resolver ordenando una indemnización plena. Fallo *Kitchen vs. Royal Air Forces Association* (1958, 2 All ER 241) en virtud del cual, un abogado dejó transcurrir el plazo de prescripción para demandar la indemnización a que tenía derecho la cónyuge por la muerte de su marido en conformidad a la regla del *Fatal Accident Act.* Se estimó que la cónyuge –de no haber mediado la negligencia del abogado – disponía del 66% de probabilidades de obtener en el juicio, con lo cual era factible otorgar una plena indemnización. No obstante lo anterior, el juez resuelve ordenando una indemnización menor, esto es, no de 3000 libras sino de 2000 libras. Otra situación similar es la resuelta en el fallo *Bagley vs. North Herts Health Authority* (1986, NLJ Rep 1014) en los hechos, se probó la negligencia de un hospital en materia de sangre incompatible de una madre y su hijo en gestación. Finalmente el niño muere, condenándose al 95% de la reparación al hospital, en circunstancias a que el 5% restante debía concederse a la probabilidad de que el niño hubiera nacido muerto.

podría sentirse inclinado a estimar que una regla de caso a caso debería primar95, consideramos que esta tendencia es errónea. El agente dañoso siempre deberá ser condenado a la reparación de la totalidad del daño cuando el estándar sea mayor al 50%, mientras que por otro lado las bajas probabilidades deben ser reparadas en su justa medida, pero a partir de un determinado estándar, que debiera ser al efecto establecido%. Lo anterior lo sostenemos en atención a que la pérdida de oportunidades debe ser entendida como un mecanismo de integración causal vía cálculo de probabilidades y no de derogación causal, enfocada desde la perspectiva de la víctima de un daño. No porque exista una teoría de resarcimiento probabilístico el agente dañoso podrá beneficiarse de ella, y reducir el monto de la reparación. La causalidad del daño ha sido establecida y no puede ser derogada bajo ningún respecto. Entonces, el ejercicio de probabilidades a que conduce la determinación de la pérdida de una chance sólo actúa en el espacio ubicado entre el 50% de probabilidades del daño, y otro porcentaje menor determinable por el juez o por la ley. Si no fuera así, la víctima no podría configurar las exigencias necesarias para impetrar la acción en resarcimiento por un daño injustamente sufrido. Lo expuesto, desde luego, puede ser aplicado en ordenamientos jurídicos propios del sistema latino continental, en los que el daño debe ser probado mediante un estándar de 100% de probabilidad **causal.** En efecto, la víctima aun cuando no puede probar que su daño no deriva directamente del hecho culpable, sí puede demostrar que probabilísticamente ambas condiciones se encuentran conectadas. Tampoco aquí será derogado el modelo de determinación causal, pues no será condenado a la reparación total del daño el responsable de la pérdida de un 75% de probabilidades de sobrevivir, por ejemplo. Sino, como hemos dicho, a una reparación parcial del daño. En atención a lo señalado, la pérdida de la oportunidad operará como un mecanismo de integración causal de la causalidad en beneficio de la víctima de un daño probable. En fin, consideramos importante subrayar la necesidad de determinar un espacio porcentual, en cuya virtud sea posible retener la pérdida de una chance. Así en España se establecen umbrales que van desde un 80% hasta un 15% de probabilidades de haber tenido éxito si no se hubiera cometido una determinada culpa médica, mientras que en Italia o Estados Unidos los umbrales se acercan al 50 %97.

35.- En síntesis, la teoría de la pérdida de una chance se eleva como un mecanismo de justicia resarcitoria, pues permite salir de la órbita del todo o nada, para ingresar en el ámbito de la proporcionalidad imputable al autor del

 $^{^{95}}$ Como la defendida por W. S. MALONE, en "Ruminations on Cause-In-Fact", Stanford Law Review, n° 9, p. 60, 1956.

⁹⁶ Herskovitz vs. Group Health Coop (1983, 99 Wn. 2d 609, 664 P.2d 474), en el que se retuvo la pérdida de una chance de sobrevivencia equivalente al 14% respecto de un enfermo de cáncer que fue atendido durante largo tiempo como paciente de una tos dolorosa.

⁹⁷ A. BERROCAL LANZAROT, art. prec., p. 42.

daño. Luego, no se reflexiona en base a parámetros absolutistas que privan en definitiva de la reparación al demandante al no poder probar directamente la causalidad, gobernados por cualquiera sea el umbral de prueba requerido. No debe considerarse que toda situación capaz de impulsar el mecanismo resarcitorio de un sistema de responsabilidad civil pueda ser reducida a un croquis de probabilidades. Nada puede estar más lejos de nuestro espíritu. El mecanismo tradicional de determinación de la causalidad tiene una razón de ser y no puede ser alterado. Así, el cálculo probabilístico de la pérdida de una chance no debe extenderse a casos en que la incertidumbre no es un elemento de la situación fáctica. En este sentido, tal como hemos expuesto, es intolerable que el demandado de la acción en responsabilidad pueda basarse en un cálculo más beneficioso a sus intereses para liberarse de la condena resarcitoria integral, o exonerarse de una reparación parcial, en caso que sea alcanzado el umbral de prueba del daño integral (sistema anglosajón), o que no sea éste logrado (sistema latino continental), respectivamente.

36.- No obstante lo indicado, hay autores que sostienen, que la pérdida de una chance es una herramienta efectiva para que el demandado sea condenado al pago del resarcimiento en términos más reducidos respecto de los sistemas de reparación que reconocen umbrales menores de convicción total. Así, si el umbral de prueba integral de daño es de 50%, el demandado cuya negligencia probablemente equivale al 70% del perjuicio irrogado no será condenado por el 100%, sino por el 70%. Hacemos presente, no obstante, que esto último es cuestionable, pero no por ello impracticable. De hecho existe una corriente liderada por el profesor J. H. KING⁹⁸, que propone fijar indemnizaciones basadas estrictamente en cálculos de probabilidad, aun cuando ésta sea en extremo reducida, o cuando ella sea superior al estándar de prueba requerido para resarcir íntegramente al afectado. Otro autor que propone la causalidad probabilística en términos radicales es el profesor estadounidense J. MAKDISI⁹⁹, quien cuestiona el modelo tradicional de causalidad exponiendo lo que a su juicio son injusticias del modelo. Se desprende de lo defendido por el autor nombrado la necesidad de sustituir la clásica determinación de la causa por un abierto esquema de probabilidades reparables. Sostiene que el modelo cuestionado permite sobrecompensaciones respecto de situaciones en que la probabilidad sobrepasa el 50% a título de umbral de convicción, en circunstancias que las probabilidades de imputación del daño no alcanzan el 100%, debiendo ser indemnizado el sujeto pasivo de acuerdo al daño irrogado y no más allá. Por otro lado, en caso en que no se verifique el umbral de prueba indicado, la víctima se verá irremediablemente

⁹⁸ J. H. KING, "Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences", Yale Law Journal n° 90, p. 1353, 1981.

⁹⁹ J. MAKDISI, "Proportional liability: A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability", North Carolina Law Rev., n° 67, pp. 1092-1093, 1989, citado por L. MEDINA OLCOZ, art. prec., p. 45.

desprovista de la garantía resarcitoria. Defiende MAKDISI su sistema de probabilidad en todo escenario, pues lo estima más acorde con el progreso científico en los campos de conocimientos y de probabilidad. Dicho esquema eliminaría –según el autor– indemnizaciones excesivas o minimizadas, pues el autor repara en conformidad a las probabilidades de que él haya generado el daño¹⁰⁰.

37.- A su turno, se desprende lo expuesto por el profesor R. W. WRIGHT¹⁰¹. Su conformidad con lo resuelto en Herskovitz (de acuerdo a un amplio criterio probabilístico de la causalidad) enseña que proporcionar una plena indemnización en situaciones en que las probabilidades superan el 50% del estándar de persuasión corresponde a una contradicción con los fines inherentes a la justicia correctiva Punto que nosotros rechazamos. Expone en un interesante artículo, que si bien data de algunas décadas, pero no por eso es menos interesante, la incapacidad del NESS (necessary element of a sufficient set) para solucionar problemas causales, en situaciones en que es imposible arribar a la determinación relativa a si la conducta negligente contribuyó al daño reclamado por el demandante. Sostiene que una de las materias en que este problema se presenta -como ya hemos visto- es en dominios de negligencia médica reductora de las chances de un paciente que ha sufrido un daño manifiesto o que se ha visto expuesto a un considerable aumento del riesgo de que este daño finalmente se concrete, aun cuando no pueda ser probado técnicamente que el actuar negligente del facultativo haya efectivamente desencadenado el resultado dañoso. Posteriormente expone las dos vías que se elevan como propuestas de salvar la incertidumbre causal. Bajo una primera visión el requerido en justicia es condenado a la reparación de la totalidad del daño en atención a su carácter manifiesto, bastando que haya presentado una evidencia de que su conducta redujo sus chances de evitar el daño sufrido por la víctima o aumentó el riesgo en la ocurrencia del mismo. Figura cuestionada por el citado autor y defendida por nosotros en escenarios de probabilidad superior al umbral de prueba exigido. Una segunda lectura del problema reclama que el demandante pruebe el aumento del riesgo o la acción negligente del médico que en definitiva destruyó las chances de evitar el perjuicio. Así, de no rendirse prueba suficiente, no podrá ser retenida su responsabilidad. En esta postura la responsabilidad no será por el total del daño, sino por la proporción que en éste contribuyó el actuar negligente del profesional. Por su parte, es necesario dejar en claro que si el demandado prueba directamente que el profesional causó el daño, podrá ser condenado a la reparación íntegra del mismo, sin tener la víctima derecho a una eventual indemnización por aumento del riesgo, pues ello sería equivalente a un sobrecompensación.

¹⁰⁰ Ver a propósito de las opiniones de los autores antes indicados, la contraargumentación expuesta por el profesor L. MEDINA OLCOZ en su libro *"La teoría de la pérdida de oportunidad"*, precitado, pp. 367-377, 425-432.

¹⁰¹ R. W. WRIGHT, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts", Illinois Institute of Technology - Chicago Kent College of Law, pp. 1069 -1070. http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=richard_wright

- 38.- En fin, rechazamos la visión relativa a indemnizar parcialmente a la víctima de un daño que ha demostrado probatoriamente un estándar de conexión causal con el hecho generador superior al 50%. Reiteramos las aprensiones expuestas más arriba a propósito de la defensa de una causalidad probabilística en el sentido de considerar a la pérdida de oportunidades como una derogación de los mecanismos clásicos en la determinación del nexo causal. La pérdida de oportunidades debe actuar en escenarios de incertidumbre probabilística, en beneficio de la víctima, y nunca en favor de quien ha sido condenado a resarcir el daño en términos integrales.
- 39.- Habiéndonos concentrado en el aspecto doctrinario, pasaremos a exponer el escenario jurisprudencial en el que circula la pérdida de una chance de sanar o de sobrevivir en el Derecho comparado.
- c.- Ilustraciones jurisprudenciales comparadas a modo de reseñar el reconocimiento pretoriano de la pérdida de una chance de curación o de sobrevivencia.
- 40.- Motivados por el impulso de brindar protección al injustamente dañado, se estima que "los jueces han querido adaptar la responsabilidad de los hombres a sus posibilidades de actuar"¹⁰². Lo transcrito lo apreciamos con claridad en la retención de resarcimientos parciales sustentados en vínculos causales difusos, que estructuran su lógica en la pérdida de una chance padecida por un paciente. La institución ha sido asimismo considerada como un aporte, pues es estimada como una relajación útil del vínculo de causalidad en un dominio dubitativo de correlación entre el error o la negligencia cometida y el resultado constatado¹⁰³. En fin, los casos son múltiples, siendo la culpa en el diagnóstico así como la infracción en la obligación de información del facultativo los impulsos motivadores de la decisión de los tribunales en la especie. Enfocaremos el siguiente punto mediante una referencia panorámica de la situación jurisprudencial de diversos países miembros de sistemas de derecho continental como anglosajón, a saber: Chile, Francia, España, Estados Unidos, Reino Unido y Canadá.
- 41.- En cuanto a la SITUACIÓN CHILENA, detectamos dos fallos de los que puede desprenderse el reconocimiento a la pérdida de una chance en materia de responsabilidad médica. En efecto, la Excma. Corte Suprema de Justicia, en virtud de un fallo de 20.01.2011¹⁰⁴, confirma la retención de la pérdida de una chance observada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. En la

¹⁰² J. BORE, art. prec., p. 2620.

¹⁰³ D. TAPINOS, op. cit., n° 187. Sin perjuicio de lo anterior, hacemos presente que en el common law la figura en estudio se analiza en sede de causalidad y no de perjuicio, ver en este punto: L. REISS, "Le juge et le préjudice, étude comparée des droits français et anglais", PUAM, Paris, 2003.

¹⁰⁴ Causa nº 2074/2009, de Corte Suprema de Chile - Sala Tercera (Constitucional), de 20.01.2011.

especie, se estima que de haberse diagnosticado oportunamente la enfermedad que padecía la víctima –en los hechos se verificó una biopsia sin detectar la existencia de un melanoma maligno- con toda seguridad habría vivido más tiempo del que vivió, con menos dolores y sin sufrir el aborto espontáneo que padeció, aun cuando inexorablemente por la enfermedad que la aquejaba iba a morir. Por otro lado, se deja constancia que se le privó de haber podido aspirar a una sobrevida, todo lo cual permite concluir que en la especie existió para ella una pérdida de chance. En definitiva, se declara la pérdida de la chance de los padres, marido y hermano de la víctima, pues el actuar culposo los privó de apreciar que la paciente tuviera la atención médica que correspondía, como también de la posibilidad de tenerla con ellos más tiempo. En otro fallo, el mismo tribunal, con fecha 14.09.2011¹⁰⁵, confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 31.01.2009. En los hechos se condena a un Servicio de Salud que informó tardíamente a la víctima su condición de portador del VIH en circunstancias que había acudido a donar sangre voluntariamente. Lo anterior le privó del ingreso a un programa de control del Sida con anticipación, impidiendo, en consecuencia, evitar una mayor progresión de la enfermedad y de su deteriorado estado psicológico. El considerando 9º del fallo confirmado por la Corte Suprema expone: "la detección precoz del Sida hubiere sido más beneficioso para la salud y condiciones físicas del demandante, ya que lo habría enfrentado a un menor porcentaje de mortalidad de su enfermedad, al menos mejorando su pronóstico, por el contrario, al ser informado estaba en la etapa más avanzada de la enfermedad".

42.- Distinto es el contexto en FRANCIA, en que existe abundante jurisprudencia relativa a este punto. A modo de ejemplo hacemos referencia a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Toulouse, que en virtud de un reciente fallo de 11.03.2013¹⁰⁶, retuvo la responsabilidad por pérdida de una chance de sobrevivencia en contra de un médico. En la especie, una persona presentaba fuertes dolores de tórax, además de molestias evidentes en el brazo izquierdo. Sin perjuicio de lo anterior, la hipótesis de infarto fue descartada pues los exámenes de rigor no presentaron ninguna anormalidad. El médico diagnosticó que los dolores eran de índole reumática. El Tribunal de Alzada consideró que la negligencia del médico (hacemos presente que el paciente en su ficha clínica registraba numerosos problemas cardiovasculares), manifestada en no prescribir un examen clínico completo en el cuadro de una hospitalización, provocó que el paciente perdiera las chances de conducir de una manera más favorable la patología. El médico fue condenado a la suma de 18.000 euros por concepto de pérdida de una chance de sobrevivencia. Por otro lado, en cuanto a la pérdida de una chance de curación, detectamos recientemente el fallo de la Corte de Apelaciones de Versalles de 31.01.2013¹⁰⁷, en virtud del cual se con-

¹⁰⁵ Causa n° 7326/2009, de Corte Suprema de Chile - Sala Tercera (Constitucional), de 31.09.2009.

¹⁰⁶ CA Toulouse, 11.03.2013, n°137, 12/00693, Juris Data n° 2013-007488.

¹⁰⁷ CA Versalles, 31.01.2013, n°11/02778, Juris Data n° 2013-001672.

dena a un médico en razón de la pérdida del 25% de las chances de curación de un paciente que presentó un síndrome doloroso a causa de una herida. Si bien el médico declaró que el paciente no había presentado nada extraño, la herida tornó en un cuadro infeccioso tres días más tarde. Se expresa en el fallo que el facultativo no realizó ninguna investigación a propósito del síndrome doloroso ni tampoco instruyó un procedimiento de vigilancia de la situación del paciente. Dicha actitud del médico se consideró a la cabeza de la pérdida de las oportunidades del paciente de no sufrir secuelas. Aun cuando la reparación se ordena en cifras porcentuales, no debe pensarse que el Tribunal ha seguido un criterio de causalidad probable. La cifra fue determinada prudencialmente considerando que el paciente rechazó ciertos medicamentos.

43.- Hacemos presente que la especie fue originariamente sancionada en virtud de un fallo de la Corte de Apelaciones de Grenoble de fecha 24.10.1961¹⁰⁸ y confirmada más tarde por la Corte de Casación en fallo de 14.12.1965¹⁰⁹. En los hechos una persona había padecido una fractura de muñeca, no reconocida por el médico tratante no obstante existir radiografía de por medio. Años más tarde la lesión se agravó, el afectado demandó al facultativo argumentando que la mala interpretación de la radiografía había impedido seguir un tratamiento adecuado a la lesión. La Corte referida, condenando al médico, resolvió que el error en el diagnóstico había privado al paciente de una chance de curación. Así, el reproche al médico radica en que por su culpa desaparecieron las chances del enfermo, no en el hecho de la no curación del paciente. Hacemos presente, no obstante, que la misma Corte de Casación, en fallo de 17.11.1982¹¹⁰ ,se pronunció en contra de la retención de la figura, pues consideró que los jueces del Tribunal de Alzada habían condenado al médico sin mediar prueba de causa entre la culpa y el daño, siendo luego interpretada dicha sentencia como un abierto cuestionamiento a la aplicación de la pérdida de una chance en materia de responsabilidad médica. Sin perjuicio de lo indicado, la referida sentencia de principio del máximo tribunal francés, evidentemente no presentó en lo sucesivo un suficiente valor de convicción y son numerosas las sentencias por las que la Suprema Corte ha retenido el reconocimiento de la figura, fundamentalmente a título de incumplimiento de una obligación de información del galeno. Por ejemplo, en fallo de 07.02.1990 la Corte de Casación ordenó: "faltando a su obligación de aclarar al paciente sobre las consecuencias eventuales de su elección de aceptar una operación que importa riesgos conocidos, un médico priva solamente a este enfermo de una chance de escapar, por una decisión quizás más razonada, al riesgo que es finalmente realizado"111, asimismo, y casi bajo la misma redacción, en fallo de 07.12.2004 se estableció: "la violación de una obligación de información no puede ser sancionada más que a título de la pérdida

¹⁰⁸ CA Grenoble, 24.10.1961, RTD Civ, 1963, p. 334, obs. A. TUNC.

¹⁰⁹ Casación, 1ra. civil, 14.12.1965, JCP, 1966, II, 14.753, nota R. SAVATIER.

¹¹⁰ Casación, 1ra. civil, 17.11.1982, Boletín civil, I, n° 333, JCP, 1983, II, 20.056, nota M. SALUDEN.

¹¹¹ Casación, 1ra. civil, 07.02.1990, GP, 1990, II, panor., p. 123.

de una chance sufrida por el paciente de escapar, por una decisión quizás más razonada, al riesgo que es finalmente realizado"¹¹².

44.- Lo expuesto, se estima, ha conducido a un requerimiento exagerado de la figura y ha confirmado su aplicación más allá de las fronteras de su dominio clásico ya mencionado. Por otra parte, se ha sostenido que la naturaleza del concepto en estudio permite que éste sea ubicado incluso en escenarios en que su retención por los tribunales es del todo discutible. Así, tras fórmulas que ordenan el resarcimiento de daños derivados de la pérdida de una chance sea de sanar o de sobrevivir, pueden comprenderse diversas especies que actúan dentro la órbita de impedir el daño padecido. En tal caso se ha reparado la pérdida de una chance "de sufrir secuelas menores a causa del hecho de la persistencia de los médicos en un diagnóstico errado"113 o de "evitar un accidente acaecido en el curso de una anestesia"¹¹⁴. En este sentido el profesor Ph. LE TOURNEAU manifiesta que en varias de sus especies pretorianas habría sido mejor "faire l'économie" en cuanto a su sanción, lo que en otras palabras quiere decir evitar su reconocimiento por el tribunal, pues el hecho generador es plenamente causa del perjuicio supuestamente hipotético no resarcido. En efecto, el reconocimiento de "la pérdida de una chance de evitar la realización de los daños dentarios provocados por la intubación "116", o el abierto reconocimiento de la incertidumbre del daño sufrido por un recién nacido, más bien vinculado a una hipoxia fetal que a un error de diagnóstico¹¹⁷, (en el caso se dispuso el parto natural, habiendo sido quizás factible practicar una cesárea para evitar las consecuencias negativas sufridas por el recién nacido) han permitido resolver por la vía de la pérdida de una chance, en el primer caso, una situación en que se confunde abiertamente una oportunidad perdida con un perjuicio directamente reparable, como lo es el daño dental, lo cual, en términos del citado profesor, "deja perplejo" 118, y en el segundo caso, una situación de incertidumbre de vínculo de causalidad.

45.- El escenario jurisprudencial español, a su turno, también reconoce un desarrollo de la figura, que si bien data de épocas más recientes que la francesa, no es por ello menos interesante ni menos rico en ejemplos. Apreciamos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español una doble dimensión de eventos comprendidos en la órbita de la pérdida de una chance. Por un lado, se aprecian casos de pérdida de una chance como funda-

¹¹² Casación, 1ra. civil, 07.12.2004, D. 2005, n°6, panor., pp. 406 y 409, nota J. PENNEAU.

¹¹³ Casación, 1ra. civil, 08.07.1997 (dos especies), n° 95-18.113, Boletín civil, I, n° 238; JCP 1997, 22921, rapport P. SARGOS.

¹¹⁴ Casación, 1ra. civil, 30.10.1995, RCA, enero, 1996, n° 25.

¹¹⁵ Ph. le TOURNEAU, "Droit de la Responsabilité et des Contrats", Dalloz Action, 2010-2011, n°1434.

¹¹⁶ CA Paris, 07.06.1996, GP, 1997, 2, 632, nota Bonneau, citado por Ph. le TOURNEAU, op. cit., loc. cit.

¹¹⁷ Casación, 1ra. civil, 10.07.2002, n° 01-10.039, Boletín civil, I, n° 197, citado por Ph. le TOURNEAU, op. cit., loc. cit.

¹¹⁸ Ph. le TOURNEAU, op. cit., loc. cit.

mento al resarcimiento del agravio generado por la negligencia del abogado en juicio, y por otro, enmarcado en el dominio médico¹¹⁹. En los límites de la responsabilidad médica, la primera vez que el Tribunal Supremo español retuvo la pérdida de una chance en una sentencia fue en un fallo de 10.10.1998¹²⁰. En su parte resolutiva el máximo tribunal casó una sentencia absolutoria en contra de una enfermera de una fábrica de helados que frente a la amputación de una mano de uno de los trabajadores, y no obstante haber aconsejado conservar la extremidad en una caja con hielo normal para facilitar su reimplante, no fue diligente al percatarse en la ambulancia, camino al hospital, que el trabajador había seguido más bien el consejo de uno de sus colegas en orden a conservar el segmento en una caja con hielo sintético para tortas. En definitiva, la mano no pudo ser reincorporada producto de su deterioro. Finalmente se condenó a la enfermera a la suma de 1.500.000 pesetas (equivalentes a 9.000 euros aprox.), en razón de la pérdida de la oportunidad de haber tenido éxito en el reimplante de la mano si se hubiera conservado ésta en el recipiente adecuado. Una segunda sanción de la figura fue retenida por el Tribunal mencionado en fallo de 18.10.2005¹²¹. En los hechos, la recurrente sufrió un traumatismo en el tobillo derecho con fecha 28 de julio de 1994; el día 8 de agosto, ante las molestias que aparecieron (parestesias y frialdad en los dedos) acudió de nuevo a su médico de cabecera que la remitió a Urgencias del Hospital Comarcal de Medina del Campo ante la sospecha de patología isquémica; ese mismo día 8 de agosto y el siguiente día 16, fue atendida la recurrente en dicho Hospital siendo diagnosticada de esquince del tobillo derecho siendo tratada con vendaje elástico y siete días de baños de agua caliente con sal; en la consulta del día 16 de agosto se remite a la paciente al especialista en traumatología, quien no modificó el diagnóstico de la paciente y se limitó a apreciar una flictena en dorso del pie derecho; vista de nuevo la paciente con fecha 25 de agosto por el médico de cabecera, se le remite a las Urgencias del Hospital Comarcal donde es examinada por el cirujano de guardia, quien modifica el diagnóstico que se había realizado hasta entonces a la recurrente y aprecia ausencia de pulsos distales e isquemia subaquda del pie derecho

¹¹⁹ Así, la pérdida de una chance ha sido reconocida por los tribunales españoles a propósito de las denominadas **pérdidas de oportunidades procesales** generadas a consecuencia de la culpa del abogado. Se desprende del fallo del Tribunal Supremo español de fecha 23.02.2010 (STS 2010\95902), que para que pueda ser retenida la pérdida de una oportunidad en esta materia es necesario que exista una reducción en grado apreciable de las posibilidades de obtener en el juicio a causa de la acción negligente del abogado. Si de hecho esta reducción existiera, la indemnización debe ajustarse proporcionalmente al fracaso de la acción sometida a la decisión del tribunal, de acuerdo a las probabilidades de contribución causal de la negligencia. Siguiendo al profesor M. MARTÍNEZ-CASALS en este campo la jurisprudencia ha experimentado una reciente evolución. Lo anterior, pues "en los últimos años (...) el máximo tribunal reconoce que la oportunidad perdida por la víctima en estos casos es una pérdida pecuniaria". Más adelante se desprende de lo expuesto por el citado profesor que en un principio lo indemnizable era la frustración de las víctimas de ganar el proceso entendido como pérdida no pecuniaria. Así, es susceptible de considerar que existe un perjuicio económico si el objeto de la reclamación estaba dirigido a la obtención de una ventaja económica (M. MARTINEZ-CASALS, art. prec. p. 28).

¹²¹ RJ 2005/8530.

siendo remitida al Hospital Clínico de Valladolid, donde se le da el mismo diagnóstico; en dicho Hospital se le debió intervenir en varias ocasiones, que no resultaron efectivas, por lo que con fecha 7 de septiembre se le realizó amputación de la extremidad inferior derecha a nivel infrarrotuliano. Si bien pericialmente no existió certeza que recibiendo un diagnóstico oportuno se hubiera podido evitar la amputación de la extremidad, si se dejó constancia "... que la recurrente hubiera tenido más oportunidades de salvar su pierna" de haber mediado una adecuada lectura de los dolores del enfermo. Siguiendo en las referencias al reconocimiento por parte del Tribunal Supremo a la pérdida de una chance, otra especie en que fue retenida la pérdida de una chance por el Tribunal Supremo consta en fallo de 21.03.2007¹²². En los hechos, la madre de la recurrente, en octubre de 1997 acudió al médico refiriendo molestias gástricas y pirosis; se le realizó una radiografía de contraste y se le diagnosticó hernia de hiato instaurándose tratamiento farmacológico; posteriormente, acudió a la consulta del médico en diversas ocasiones hasta el 6 de mayo de 1998, ello al no encontrar mejoría en sus dolencias; durante este periodo se le realizaron diversas pruebas y se cambió el tratamiento farmacológico en diversas ocasiones; ante la persistencia de sus dolencias, acudió a una clínica privada, donde se le practicó un TAC abdominal con fecha 1 de junio de 1998 y se le informó sobre la posible existencia de un cáncer gástrico; con fecha 9 de junio ingresa en el Servicio de Urgencias del Hospital de Getafe de Madrid, donde, tras realizar un TAC abdominal, se le diagnostica definitivamente como edenocarcinoma gástrico. Finalmente, tras una rápida evolución de la enfermedad, la madre de la recurrente falleció el día 18 de septiembre de 1998. El Tribunal Supremo en definitiva condena al médico a la suma de 12.000 euros por concepto de pérdida de las oportunidades que había sufrido su madre si hubiera sido diagnosticado oportunamente el cáncer que aquejaba a la víctima. Exponemos también el fallo del Tribunal Supremo dictado con fecha 17.04.2007¹²³. En la especie, el esposo y padre de los actores, afiliado a la Seguridad Social, ingresó en el centro de Povisa, que prestaba asistencia sanitaria a dichos afiliados en virtud de convenio con el Sergas, el día 15 de junio de 1991, a las cuatro horas, derivado desde un centro de urgencias. El paciente presentaba una isquemia aguda del miembro inferior derecho, con obliteración de arteria ilíaca; al no poder identificar la etiología de dicho cuadro, el Dr. Imanol (codemandado) requiere la realización de una arteriografía, técnica de diagnóstico que la Sala de instancia califica no sólo de indicada, sino de urgente. Tal indicación se justifica en que el diagnóstico de la etiología de la obstrucción era ineludible para cualquier abordaje terapéutico, debiendo advertirse que no era descartable la presencia de una disección de aorta. La urgencia era tal –subraya la Sala- que puede afirmarse que el transcurso de más de veinte horas sería demasiado; la técnica interesada no se pudo realizar dado que el Dr. X, que debía

¹²² RI 2007/2644.

¹²³ RJ 2007/2322.

asumirla, y que se mostró dispuesto a ello, pese a encontrarse en día y horario de descanso, no contó con los medios personales auxiliares imprescindibles, debido a que dicho servicio no estaba programado en el centro como ininterrumpido y era fin de semana; pese a ser informado sobre el particular, el Dr. Y no ordenó el traslado del paciente a otro centro asistencial que contase con la posibilidad del servicio de diagnóstico mediante arteriografía. Por su parte, a lo largo del proceso se determinó que de haber sido efectuada esta técnica, se habría detectado la disección que determinó la muerte del paciente. Asimismo fue establecido que "no obstante el tratamiento quirúrgico, en todo caso de la afección citada, bien mediante cirugía cardiaca, bien mediante la revascularización de la isquemia, las posibilidades de éxito y evitación de la muerte no eran superiores al 20%". En fin, el Tribunal Supremo rechaza la casación de la sentencia impugnada en que se había condenado a los médicos, y confirma la indemnización por pérdida de la chance evaluada en 20% de sobrevivir equivalentes a 5.000.000 de pesetas según el fallo de apelación pronunciado por la Audiencia Provincial de Pontevedra el 30.12.1998. En cuanto al incumplimiento de la obligación de información por parte del médico, el Tribunal Supremo, también se ha pronunciado al respecto. En efecto, en virtud de la sentencia de 10.05.2006¹²⁴ se confirmó la condena de 5.000.000 de pesetas pronunciada por la Audiencia Provincial de Gerona con fecha 02.06.1999, respecto de las consecuencias no anticipadas a un paciente al cual se le aconsejó la extirpación de un tumor en una pierna, en atención a las posibilidades de la derivación maligna del mismo. Una vez practicada la operación, y a consecuencia de la misma, comenzaron a generarse molestias importantes en el nervio ciático, lo cual debió ser igualmente atendido quirúrgicamente, produciéndose con ello graves secuelas. En definitiva, el Tribunal condenó en atención a la falta de consentimiento informado verificada en los hechos, traducida en la pérdida de oportunidad de la víctima de renunciar a la intervención. Apuntamos una parte que consideramos importante del fallo en referencia: "Ahora bien, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia médica en la práctica de la intervención. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento –que sí lo hubo para realizarla– así como de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, puesto que con ello se impidió a la madre del menor poder tener debido conocimiento del mismo y actuar en consecuencia antes de dar su autorización. La jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005, entre otras)".

¹²⁴ RJ 2006/2399.

46.- Apreciamos en el criterio jurisdiccional adoptado por el Tribunal Supremo español un pronunciamiento similar en este punto al seguido por la Corte de Casación francesa. El daño que debe ser indemnizado no es equivalente al perjuicio corporal efectivamente generado, sino la pérdida en la chance de no haber accedido a un tratamiento adecuado habiendo sido mejor informado o a una curación a tiempo si se hubiera diagnosticado oportunamente. Lo dicho se desprende claramente del considerando transcrito en el punto anterior, así como de lo resuelto por el referido Tribunal Supremo en fallo de 16.01.2012¹²⁵ atribuyó la causalidad del daño restrictivamente a la omisión de la información y la posibilidad de haber evitado someterse a la intervención médica. En los hechos, el paciente sufrió una tetraplejia después de ser intervenido quirúrgicamente. Operación a la que había accedido en la ignorancia de los riesgos que podían eventualmente concretarse y que de hecho se concretaron. Por otro lado, la apreciación de los daños, al igual que en Francia y en las especies chilenas, es entregada a la prudencia soberana del sentenciador, lo cual inspira un cierto aire de arbitrariedad en la fundamentación del monto a resarcir. Defendemos la idea de una causalidad basada en probabilidades, luego, pensamos que la determinación del daño debería estarse en su cálculo a determinaciones basadas en el conocimiento científico actual.

47.- Con el fin de exponer el tratamiento jurisprudencial que ha recibido la figura en los ESTADOS UNIDOS (recordamos que en este país la pérdida de una chance o loss of chance se estudia a propósito del vínculo causal mediante una estructura probabilística, a diferencia de los ordenamientos latinocontinentales que la sitúan en el campo de la certeza del daño) nos detendremos en dos fallos, que siendo relativamente recientes demuestran significativamente el espíritu de ciertas Cortes americanas en torno a la noción en estudio. Adelantándonos, manifestamos que su reconocimiento jurisprudencial es sumamente discutido. En efecto en el fallo Lord vs Beerman (2008)¹²⁶ fue desestimada la retención de la pérdida de una chance de curación de una persona que sufrió un deterioro considerable en su visión. El Sr. Lord, demandante, sostiene que contribuyó a la pérdida de su visión el actuar negligente del especialista al cual le correspondía leer una resonancia magnética ordenada con el fin de determinar la causa de sus insuficiencias visuales. El facultativo culpablemente no dio una correcta lectura al examen en una primera instancia y, en definitiva, no diagnosticó la real situación del paciente. Dicha cuestión fue corregida una semana más tarde, en que se determinó que el paciente sufría una enfermedad visual debilitante. En el tiempo intermedio la situación del enfermo empeoró. En suma, la Corte de Carolina del Norte desestimó la acción del Sr. Lord, ya que no era probable que la negligencia del médico hubiera sido la causa de los defectos de visión de la víctima, sino que era sólo "posible" la conexión causal

¹²⁵ STS 948/2012.

¹²⁶ Lord vs. Beerman, 191 N.C. App. 290, 291, 664 S.E.2d 331, 333 (2008).

entre la negligencia y la pérdida de la oportunidad de evitar el deterioro óptico. Por otro lado, la figura en referencia fue acogida en otra reciente sentencia, pronunciada por la Suprema Corte de Massachusetts (2008) denominada Matsuyama vs. Birnbaum¹²⁷. En los hechos el Dr. Birnbaum (demandado) era el médico de Matsuyama 1995-1999. Birnbaum era consciente de que Matsuyama había sufrido dolores gástricos desde 1988, sin ordenar ningún examen. Cuando Matsuyama más tarde desarrolló lunares en su cuerpo y reportó dolor severo de estómago, Birnbaum ordenó un examen relativo al chequeo de una bacteria asociada con el cáncer gástrico. El resultado del examen fue positivo, es decir, el Sr. Matsuyama presentaba la bacteria. Hacemos presente que el demandado, no obstante, no requirió otras pruebas relativas a verificar si el paciente presentaba o no un cáncer gástrico. Más tarde, en mayo de 1999, Matsuyama se quejó de síntomas gástricos severos a lo que Birnbaum ordenó pruebas que confirmaron una masa cancerosa en el estómago de Matsuyama, de la que murió en octubre de 1999. En fin, en el juicio, un experto declaró sobre la negligencia del demandado en cuanto al diagnóstico, lo cual generó como resultado que Matsuyama perdiera la oportunidad de recibir un diagnóstico oportuno del cáncer y poder ser tratado cuando la enfermedad era aún curable. El jurado consideró que a la época del error del diagnóstico la víctima disponía de un 37,5% de probabilidades de sobrevivir, lo cual fue en definitiva indemnizado. Los argumentos del Tribunal se basaron en el ataque producido al centro o al corazón (para ser más literal) de la relación paciente enfermo constituido por la pérdida de las oportunidades, así como la indiferencia a las alegaciones del demandado en orden a eventuales consecuencias negativas que pudiera generar la retención del instituto¹²⁸.

48.- Hacemos presente que el criterio adoptado por la Suprema Corte de Massachusetts es seguido por las jurisdicciones de otros estados, así ha sucedido en Indiana, Nevada, Nuevo México, Ohio y Oklahoma¹²⁹, entre otros (en concreto, son veintidós los estados que aceptan el resarcimiento de oportunidades perdidas en este dominio¹³⁰). Idéntica postura fue seguida por la Corte de

¹²⁷ Matsuyama vs. Birnbaum, 890 N.E.2d 819 (Mass. 2008).

¹²⁸ En este sentido, los jueces expusieron: "Negligence that harms the patient's chances of a more favorable outcome contravenes the expectation at the heart of the doctor patient relationship" y más adelante "we are unmoved by the defendants' argument that the ramifications of adoption of the loss of chance are immense across all areas of tort".

¹²⁹ Cahoon vs. Cummings, 734 N.E.2d 535, 540-41 (Ind. 2000); Perez vs. Las Vegas Med. Ctr., 805 P.2d 589, 592 (Nev. 1991); Alberts vs. Schultz, 975 P.2d 1279, 1282-83 (N.M. 1999); Roberts vs. Ohio Permanente Med. Grp., Inc., 668 N.E.2d 480, 484-85 (Ohio 1996); McKellips vs. St. Francis Hosp., Inc., 741 P.2d 467, 476-77 (Okla. 1987), jurisprudencia citada por R. J. RHEE, "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 39 (2013), University of Maryland, http://suffolklawreview.org/matsuyama-birnbaum/, cita n° 2.

¹³⁰ **Arizona**, Thompson v. Sun City Cmty. Hosp., Inc., 688 P.2d 605, 616 (Ariz. 1984) (en banc) ("We hold, therefore, that... the jury may be allowed to consider the increase in the chance of harm on the issue of causation."); **Delaware**, United States v. Anderson, 669 A.2d 73, 77 (Del. 1995) ("[T]he loss of a chance of avoiding an adverse consequence... should be viewed as an injury and be compensable.");

Apelaciones de Kentucky, que en el fallo *Kemper vs. Gordon* (2008)¹³¹ retuvo la pérdida de la oportunidad de sobrevivencia sufrida por una mujer de 38 años que murió a consecuencia de un cáncer linfático. En el libelo se lee que la mujer acudió al especialista por dolores de pecho, nauseas y vómitos en febrero y abril de 1996. El facultativo ordenó una tomografía de abdomen, la cual leyó como normal. Finalmente a la mujer se le diagnosticó un cáncer en diciembre de 1996 muriendo en enero de 1998. La negligencia del médico fue evidente.

Illinois, Holton v. Mem'l Hosp., 679 N.E.2d 1202, 1213 (Ill. 1997) ("We therefore reject the reasoning... that plaintiffs may not recover for medical malpractice injuries if they are unable to prove that they would have enjoyed a greater than 50% chance of survival or recovery absent the alleged malpractice of the defendant."); Indiana, Mayhue v. Sparkman, 653 N.E.2d 1384, 1389 (Ind. 1995) ("While the policy arguments for each position are strong... [adopting the lost-chance doctrine] is most consistent with Indiana law..."); Iowa, DeBurkarte vs. Louvar, 393 N.W.2d 131, 137 (Iowa 1986) ("We believe the better approach is to allow recovery ... for the lost chance of survival."); Kansas, Roberson vs. Counselman, 686 P.2d 149, 160 (Kan. 1984) ("The reasoning of the district court [rejecting the lost-chance doctrine] declares open season on critically ill or injured persons as care providers would be free of liability... if the patient had only a fifty-fifty chance of surviving the disease or injury even with proper treatment."); Louisiana, Smith vs. State Dep't of Health & Hosps., 95-0038, p.5 (La. 6/25/96), 676 So. 2d 543, 547 ("[I]n a medical malpractice case seeking damages for the loss of a less-than-even chance of survival... the plaintiff must prove ... that the tortfeasor's action or inaction deprived the victim of all or part of that chance...."); Massachusetts, Matsuyama vs. Birnbaum, 890 N.E.2d 819, 838 (Mass. 2008) ("Our method ... remedies the illogical and harsh results of a rule that would permit a person who had a prenegligence chance of survival of 51% to recover full damages while denying all recovery to the person whose prenegligence chance of survival was 49%."); Missouri, Wollen vs. DePaul Health Ctr., 828 S.W.2d 681, 685 (Mo. 1992) (en banc) ("[T]his Court chooses to recognize a cause of action for lost chance of recovery in medical malpractice cases."); Montana, Aasheim vs. Humberger, 695 P.2d 824, 828 (Mont. 1985) ("We feel that including 'loss of chance' within causality recognizes the realities inherent in medical negligence litigation."); Nevada, Perez vs. Las Vegas Med. Ctr., 805 P.2d 589, 592 (Nev. 1991) ("By defining the injury as the loss of chance of survival, the traditional rule of preponderance is fully satisfied."); New Jersey, Scafidi vs. Seiler, 574 A.2d 398, 400 (N.J. 1990) ("We hold [that] plaintiffs' damages will be limited to the value of the lost chance for recovery attributable to defendant's negligence."); New Mexico, Alberts vs. Schultz, 1999-NMCA-15, 40, 126 N.M. 807, 816, 975 P.2d 1279, 1288 ("We recognize the legitimacy of the lost-chance concept in New Mexico, as set forth in this opinion."); **New York**, Kallenberg vs. Beth Israel Hosp., 357 N.Y.S.2d 508, 510–11 (N.Y. App. Div. 1974) (per curiam), aff'd, 37 N.Y.2d 719 (N.Y. 1975) (permitting recovery where plaintiff had only a twenty to forty percent chance of survival prior to defendant's negligence); North Dakota, VanVleet vs. Pfeifle, 289 N.W.2d 781, 784 (N.D. 1980) ("We think ... the doctors should not be able to escape liability simply because the cancer would eventually have resulted in [plaintiff's] death even if it were discovered sooner."); Ohio, Roberts vs. Ohio Permanente Med. Group, 668 N.E.2d 480, 484 (Ohio 1996) ("[W]e recognize the loss-of-chance theory and follow the [proportional] approach ..."); Oklahoma, McKellips vs. St. Francis Hosp., Inc., 741 P.2d 467, 474 (Okla. 1987) ("Today's pronouncement adopts the loss of a chance doctrine in Oklahoma ..."); Pennsylvania, Hamil vs. Bashline, 392 A.2d 1280, 1288 (Pa. 1978) ("We agree with [the lost-chance doctrine] and hold that once a plaintiff has demonstrated that defendant's acts or omissions ... have increased the risk of harm to another, such evidence furnishes a basis for [recovery]."); Washington, Herskovits vs. Group Health Coop. of Puget Sound, 664 P.2d 474, 477 (Wash. 1983) (en banc) ("To decide [against the lost-chance doctrine] would be a blanket release from liability for doctors and hospitals any time there was less than a 50 percent chance of survival, regardless of how flagrant the negligence."); West Virginia, Mays vs. Chang, 579 S.E.2d 561, 566 (W. Va. 2003) (per curiam) ("[A] jury could conclude that the [defendant's] allegedly negligent inactions contributed to [plaintiff's] lost chance of early detection and treatment, and conclude that if the [defendant] had complied with the standard of care, the harm ... would not have occurred."); Wisconsin, Ehlinger by Ehlinger vs. Sipes, 454 N.W.2d 754, 763 (Wis. 1990) ("We disagree with the court of appeals' conclusion ... that in a case of this nature Wisconsin law follows the 'all or nothing' approach."); **Wyoming**, McMackin vs. Johnson County Healthcare Ctr., 73 P.3d 1094, 1100 (Wyo. 2003) ("We hold that the doctrine of 'loss of chance' is cognizable in Wyoming ..."), citado por S. R. KOCH, art. prec., cita nº 56.

¹³¹ Kemper v. Gordon , 2002-CA-001983-MR at 13 (Mar 25, 2005).

En el proceso se demostró que la mujer a la época de la negligencia disponía de un 30% de probabilidades de sobrevivir, las cuales se habían reducido a un 5% a la época del diagnóstico. La mencionada Corte acogió la demanda por pérdida de oportunidad ordenando el resarcimiento del 25% de las chances. Finalmente, la Suprema Corte de Kentucky¹³² rechazó lo resuelto por el Tribunal de Alzada y absolvió al especialista argumentándose que de aceptar el resarcimiento de las pérdidas de oportunidades se impondría a la comunidad en general una pesada carga financiera en cuanto al costo de la medicina. Agregando además que la causalidad no debe buscarse en meras posibilidades, sino en probabilidades razonables y vínculos causales substanciales. Estimamos que los argumentos de la Suprema Corte en referencia –compartidos por dieciséis estados—¹³³ resumen a cabalidad la visión tendiente al rechazo de la figura¹³⁴.

¹³² Kemper v. Gordon, 272 S.W.3d 146, 148 (Ky. 2008).

¹³³ Alabama, McAfee vs. Baptist Med. Ctr., 641 So. 2d 265, 267 (Ala. 1994) ("If, as the defendants suggest, the plaintiffs are in fact asking this Court to abandon Alabama's traditional rules of proximate cause and to recognize the 'loss of chance doctrine,' we decline to do so."); Connecticut, Boone vs. William W. Backus Hosp., 864 A.2d 1, 18 (Conn. 2005) ("[I]n order to satisfy the elements of a lost chance claim, 'the plaintiff must [first] prove that **prior to** the defendant's alleged negligence, the [decedent] had a chance of survival of at least 51 percent." (quoting Drew v. William W. Backus Hosp., 825 A.2d 810, 815 (Conn. 2003))); Florida, Gooding vs. Univ. Hosp. Bldg., Inc., 445 So. 2d 1015, 1020 (Fla. 1984) ("We ... hold that a plaintiff in a medical malpractice action must show more than a decreased chance of survival because of a defendant's conduct."); Idaho, Manning vs. Twin Falls Clinic & Hosp., Inc., 830 P.2d 1185, 1190 (Idaho 1992) ("Our review of the cases that have considered the rationale of the doctrines of 'increased risk of harm' or 'lost chance' convinces us to reject both doctrines."); Kentucky, Kemper vs. Gordon, 272 S.W.3d 146, 148 (Ky. 2008) ("[W]e reject the adoption of the 'lost or diminished chance' doctrine of recovery"); Maryland, Fennell vs. S. Md. Hosp. Ctr., Inc., 580 A.2d 206, 211 (Md. 1990) ("We are unwilling to relax traditional rules of causation and create a new tort allowing full recovery for causing death by causing a loss of less than 50% chance of survival."); Minnesota, Fabio vs. Bellomo, 504 N.W.2d 758, 762 (Minn. 1993) ("We have never recognized loss of chance in the context of a medical malpractice action, and we decline to recognize it in this case."); Mississippi, Clayton vs. Thompson, 475 So. 2d 439, 445 (Miss. 1985) (en banc) ("This Court concludes, therefore, that Mississippi law does not permit recovery of damages because of mere diminishment of the 'chance of recovery.'"); **Nebraska**, Steineke vs. Share Health Plan of Neb., Inc., 518 N.W.2d 904, 907 (Neb. 1994) ("We decline to adopt the loss of chance doctrine in this case ..."); New Hampshire, N.H. REV. STAT. ANN. § 507E:2 (2009) (superseding Lord vs. Lovett, 770 A.2d 1103, 1106 (N.H. 2001)); Oregon, Joshi vs. Providence Health Sys. of Or. Corp., 149 P.3d 1164, 1170 (Or. 2006) ("We cannot accept plaintiff's invitation to adopt [the lost-chance] theory in actions brought under [Oregon's wrongful death statute]."); South Carolina, Jones vs. Owings, 456 S.E.2d 371, 374 (S.C. 1995) ("After a thorough review of the 'loss of chance' doctrine, we decline to adopt the doctrine and maintain our traditional approach."); South Dakota, S.D. CODIFIED LAWS § 20-9-1.1 (2004) (superseding lorgenson vs. Vener, 2000 SD 87, 20, 616 N.W.2d 366, 372); Tennessee, Kilpatrick vs. Bryant, 868 S.W.2d 594, 603 (Tenn. 1993) ("Accordingly, we hold that a plaintiff who ... more likely than not would have suffered the same harm had proper medical treatment been rendered, is entitled to no recovery for . . . the loss of a chance of obtaining a more favorable medical result."); Texas, Kramer vs. Lewisville Mem'l Hosp., 858 S.W.2d 397, 407 (Tex. 1993) ("[W]e do not adopt the loss of chance doctrine as part of the common law of Texas."); Vermont, Smith vs. Parrott, 2003 VT 64, 12 & 14, 833 A.2d 843, 848-49, 175 Vt. 375, 381 ("The loss of chance theory of recovery is thus fundamentally at odds with the settled common law standard ... Accordingly, we hold that the trial court correctly rejected plaintiff's claim for recovery under the loss of chance doctrine."), citado por S. R. KOCH, art. prec., cita n° 57.

¹³⁴ "That is why there remains great wisdom in ensuring that our laws offer redress for those wronged by medical malpractice based on reasonable probabilities and substantial cause, not on chance or mere possibility. Perfection is not part of human nature, and rarely does wisdom say one thing and nature another—wings for angels and feet for men. We are troubled by the potential financial burden that might be spread upon the shoulders of millions of people if we adopt this new concept of lost or diminished chance of recovery.

49.- Por último, hacemos presente la corriente aceptada por ciertos tribunales estadounidenses, denominada proportional risk recovery, en la que se indemniza in fine la conducta negligente del facultativo materializada en la forzada exposición al riesgo sufrida por la víctima. Lo indicado, pues la pérdida de la oportunidad, comprendería la investidura necesaria para ser indemnizada, no obstante la no verificación del daño final. Se presenta en doctrina el caso Claudet vs. Weyrich, en virtud del cual La Corte de Louisiana en fallo de 28.09.1995¹³⁵, indemnizó a un paciente de cáncer por la pérdida de un 33% de probabilidades de sobrevivencia por el retraso en el diagnóstico, pese a que en el momento de la decisión aquel contaba aún con un 42% de probabilidades, ordenándose a primera vista el resarcimiento de un daño que no se ha efectivamente materializado, lo que también puede ser leído como la indemnización de un riesgo considerado como un daño indemnizable. El problema de esta solución es que mientras no se concrete el daño, no se podrá apreciar si la chance perdida presentaba o no algún valor, lo cual es cuestionable. El profesor A. LUNA Y. manifiesta que los defensores de esta corriente argumentan (a modo de evacuar las críticas relativas a la sobrecompensación a que tendrían derecho aquellos pacientes, que en principio jamás sufrirán ningún daño): que éstos pueden "contratar un seguro de vida, de tal modo que sólo aquellos que en el futuro sufran algún daño recibirán alguna clase de compensación por parte de la compañía aseguradora"136. Estimamos que la inteligencia de la propuesta debería estar dirigida a permitir la acción de reembolso de la compañía aseguradora al médico culpable del incremento del riesgo. En fin, el problema está centrado en la consideración del riesgo como un daño indemnizable.

50.- A diferencia de lo mencionado más arriba, el desarrollo de la doctrina de la pérdida de una chance en Reino Unido no ha dicho relación con el dominio médico. En este último país la figura ha visto su crecimiento respecto de pérdidas patrimoniales contractuales o en cuanto a las negligencias cometidas por los abogados en juicio en perjuicio de sus clientes¹³⁷. En conformidad a lo anterior, se detecta en la jurisprudencia británica una emblemática sentencia que expone por sí misma el rechazo a reconocer

Further, we see many difficulties in adopting the lost or diminished chance doctrine. For instance, what is a "late diagnosis"? Does a diagnosis missed this week, but made next week, rise to the level of diminished chance? A whole new and expensive industry of experts could conceivably be marched through our courts, providing evidence for juries that an MRI misread on Monday, but accurately discerned on Friday, perhaps gives rise to an infinitesimal loss of a chance to recover. Yet, under this doctrine, even a small percentage of the value of a human life could generate substantial recovery and place burdensome costs on healthcare providers. This additional financial load would be passed along to every man, woman, and child in this Commonwealth".

431

¹³⁵ Claudet v. Weyrich 662 So.2d 131 (La.App. 4 Cir., 1995), citada por A. LUNA YERGA, art. prec., p.8. ¹³⁶ D. A. FISCHER, "*Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox"*, 46 Vanderbilt Law Review 1201, 1224-1226 (1993), citado por A. LUNA YERGA, art. prec., p. 8.

¹³⁷ R. W. WRIGHT, "Proving Causation: Probability versus Belief", Illinois Institute of Technology - Chicago- Kent College of Law, julio 1, 2011, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1918474, p. 27.

la doctrina de la pérdida de una chance en situaciones en que la pérdida de oportunidad en la curación o sobrevivencia de una persona es un hecho de la causa. Nos referimos al caso Hotson vs. East Berkshire Health Authority (1987)¹³⁸, en virtud del cual los jueces determinaron que la víctima al haber presentado estadísticamente un 75% de posibilidades de sufrir el mismo desenlace –lesión permanente- no cabía retener la responsabilidad del médico en cuanto a la pérdida de sus oportunidades de curación, aun cuando se demostró su negligencia en el retardo del diagnóstico. En los hechos, un niño cae de un árbol impactando los vasos sanguíneos su epífisis femoral izquierda. A consecuencia de un retardo en el diagnóstico, la inflamación de la epífisis produjo que los vasos sanguíneos intactos se comprimieran, produciéndose en definitiva el corte del suministro sanguíneo en la zona afectada. De acuerdo a lo anterior, esto es producto de la caída y de la negligencia del médico, se generó una lesión permanente en la cadera y pierna del menor. La Cámara de los Lores, no obstante, absolvió al facultativo producto de falta de relación de causalidad juzgando en conformidad a una cuestionable "balanza de probabilidades". Nos sumamos a lo expuesto por el profesor R. W. WRIGHT, quien sostiene que la sentencia expuesta es un "dramático ejemplo" 139 en atención de los efectos perversos que pueden ser causados por una probabilística interpretación de un estándar de persuasión cuando se combina con un miope análisis de la causalidad (en referencia al but for test).

51.- El criterio jurisprudencial en Quebec y Canadá no es muy proclive al reconocimiento de la pérdida de una chance. Siguiendo a la profesora L. KHOURY, las cortes de Quebec prefieren analizar los casos en que la causalidad es discutida sin recurrir a la chances eventualmente suprimidas en contra de la víctima¹⁴⁰. Prefieren enfocarse en el daño actual verificado. Este criterio fue confirmado en un comentado fallo pronunciado por la Corte Suprema de Canadá en el contencioso Laferrière vs. Lawson (1991)¹⁴¹. En los hechos, el demandado Sr. Lawson sacó un absceso del pecho de la víctima Sra. Mireille Fortier-Dupuis en 1971, pero no le informó que el tejido era canceroso. No fue sino hasta 1975, época en que los síntomas que motivaron la intervención descrita reaparecieron, que la Fortier-Dupuis se enteró de que tenía cáncer, muriendo de la enfermedad en 1978. Laferrière, quien fuera autorizado a continuar la demanda en nombre de la difunta Fortier-Dupuis, requirió en responsabilidad a Lawson. El juez de primera instancia desestimó el recurso por considerar que las posibilidades de supervivencia del paciente no habrían sido mayores en el evento de verificarse un diagnóstico oportuno. Sin embargo, La Corte de Apelaciones de Quebec, acogiendo el recurso, consideró que la víctima había

¹³⁸ Hotson vs. East Berkshire Health Authority, [1987] 2 All ER 909.

¹³⁹ R. W. WRIGHT, art. prec., loc. cit.

¹⁴⁰ L. KHOURY, "Uncertain Causation in Medical Liability", Hart Publishing Oxford, 2006, p. 108.

¹⁴¹ Laferrière vs. Lawson, [1991] 1 SCR 541.

perdido claras oportunidades de sobrevivencia, ordenándose el resarcimiento por esta vía, así como por la angustia que sufrió al percatarse de su real estado mediante el diagnóstico. Finalmente, la Corte Suprema de Canadá sostuvo que la teoría de la responsabilidad por la pérdida de oportunidad no debería adoptarse en el contexto médico. No obstante, el demandante tenía derecho a una indemnización por la angustia padecida, atentatoria de la comodidad y calidad de vida, que habría disfrutado si hubiera sido informado con prontitud de su diagnóstico. Los considerandos del fallo en cuestión son categóricos, destacándose la opinión del juez GONTHIER, de la que se desprenden ciertos puntos interesantes: manifiesta por un lado, la inconveniencia de centrarse en una probabilidad e indemnizar en consecuencia, por otro lado la dificultad que representa a los jueces el análisis de la causalidad basado en probabilidades sin que sea posible evaluar con sensatez las oportunidades perdidas, y finalmente expresa su rechazo a determinar vínculos causales médicos con la ayuda de la chance¹⁴².

II.- Dimensión resarcitoria de la pérdida de una chance.

52.- La segunda parte de este trabajo tiene por objeto intentar responder tres interrogantes que pueden ser formuladas con ocasión del estudio de la pérdida de una chance, estas son: ¿En que se sustenta la indemnización?, ¿Cuánto indemnizar?, ¿Cómo determinar el monto del resarcimiento? Pues bien, luego de referirnos al **fundamento de la pérdida de una chance** (A), nos pronunciaremos sobre la extensión de la chance perdida (B), culminando nuestro estudio con referencias al cálculo de la chance cuya pérdida debe indemnizarse (C).

A.- Fundamento de la reparación por pérdida de una chance.

53.- Tal como hemos dicho líneas más arriba, la pérdida de oportunidad cuando opera en materias de responsabilidad médica, corresponde a un perjuicio específico unido probabilísticamente a un hecho generador de responsabilidad. Sin perjuicio de lo mostrado, se ha sostenido que la probabilidad

433

¹⁴² En palabras del juez: "I do not feel it is appropriate to focus on the degree of probability of success and to compensate accordingly ...", más adelante, "It is only in exceptional loss of chance cases that a judge is presented with a situation where the damage can only be understood in probabilistic or statistical terms, and where it is impossible to evaluate sensibly whether or how the chance would have been realised in that particular case. The purest example of such a lost chance is that of the lottery ticket which is not placed in the draw due to the negligence of the seller of the ticket. The judge has no factual context in which to evaluate the likely result other than the realm of pure statistical chance. Effectively, the pool of factual evidence regarding the various eventualities in the particular case is dry in such cases, and the plaintiff has nothing other than statistics to elaborate the claim in damages", y finalmente, "I am not prepared to conclude that particular medical conditions should be treated for purposes of causation as the equivalent of diffuse elements of pure chance, analogous to the nonspecific factors of fate or fortune which influence the outcome of a lottery".

requerida para determinar la causalidad en materia de pérdida de una chance no puede ser aplicada en el escenario médico. Lo indicado, pues en este dominio cada situación es particular y única, y las probabilidades común y exclusivamente consideradas como objetivas, calculables o de frecuencia no podrían ser aplicadas, obligando a verificar un estudio "in concreto de la situación del paciente"143 tal como sostiene el profesor F. CHABAS. En este sentido, se ha defendido por el profesor J. PENNEAU que "existe un abismo profundo entre las chances estadísticas de una afección determinada y las chances individuales del paciente afectado por ésta"144, así también el decano R. SAVATIER ha expuesto que "la chance de éxito que se supone destruida por una culpa médica no presenta el carácter de las chances que la ley de los grandes números permite matemáticamente apreciar por un cálculo de probabilidades "145, agregando en otro trabajo que "la palabra chance corresponde entonces a una incertidumbre"146. Nosotros cuestionamos esta visión y defendemos la idea de que las probabilidades objetivas sí tienen cabida en materia **médica.** Estimamos que desconocer la existencia de frecuencias que permitan sustentar el cálculo de probabilidades objetivas a título de fundamento del resarcimiento por chances perdidas, es ir contra del devenir científico actual, que mide los actos y sus consecuencias mediante probabilidades o estadísticas. Consideramos que la utilización de datos de conexión es recurso obligado en este dominio. En esta línea, afirmar que una determinada mejoría es un evento normalmente esperado exige ser justificado mediante probabilidades científicas. Asimismo se ha pronunciado la doctrina, L. DUBOUIS se interroga: "; los médicos no están acostumbrados a establecer a partir de estadísticas la probabilidad de curación que da un tratamiento o una intervención correctamente conducida?"147, estadísticas que, por lo demás, según estima J. BORE, "son indisociables de la teoría de la probabilidad"¹⁴⁸ y que desde un punto de vista general se fundan en la experiencia de las acciones y en su previsión inherente, en virtud de la cual es posible afirmar: "cumplí tal acto, pues en varias ocasiones éste ha sido observado por mi o por otro con el éxito esperado"149.

54.- Por otro lado, creemos que no se puede reducir a un criterio objetivo el estudio de la probabilidad, toda vez que ésta no necesariamente es objetiva, también puede manifestarse bajo un espectro subjetivo¹⁵⁰. Luego, bajo un criterio objetivo, las probabilidades se traducen en la determinación de posibilidades de realización de un evento a partir de la

¹⁴³ F. CHABAS, art. prec., p. 143.

¹⁴⁴ J. PENNEAU, nota al fallo: Casación, 1ra. civ., 27.03.1973, D. 1973, P. 598.

¹⁴⁵ R. SAVATIER, "Le droit des chances et des risques dans les assurances, la responsabilité civile dans la médicine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale", RGAT, 1973, p. 472.

¹⁴⁶ R. SAVATIER, nota al fallo: Casación, 1ra. civ., 02.05.1978, JCP, 1978, II, 18966.

 $^{^{147}}$ L. DUBOUIS, RTDSS, 1971, p.68, citado por D. TAPINOS, op. cit., n° 175.

¹⁴⁸ J. BORE, art. prec., n° 24.

¹⁴⁹ J. BORE, art. prec., loc. cit.

 $^{^{150}}$ D. TAPINOS, op. cit., n° 63.

frecuencia observada del mismo. Mientras que respecto de un criterio subjetivo, la probabilidad mide la "intensidad del asentimiento que el sujeto acuerda a sus juicios"¹⁵¹, en circunstancias que "ella no supone una repetición de eventos similares, sino que recae sobre eventos raros o únicos"¹⁵², algo totalmente factible de producirse respecto de fenómenos médicamente extraños. Luego, la probabilidad objetiva se verifica en la cadencia observada de los fenómenos, la subjetiva se identifica con la íntima creencia del ser humano, presentando ambas un importante destino común: la construcción del azar, mediante la "fabricación de representaciones"¹⁵³ derivadas tanto de juicios como de observaciones.

55.- Por otro lado, hay que tener cuidado con confundir una probabilidad subjetiva con un mero subjetivismo. Este último podría significar falta de seriedad de la apreciación de la chance. Ello podría verificarse en dos casos. En **primer lugar**, respecto de sentencias en que el juez no se funde en un criterio probabilístico, sea éste objetivo o subjetivo. En cuanto al criterio subjetivo, a su turno, debería guiarse por un perito o experto que lo instruya en su decisión. La intervención del perito la consideramos indispensable, de acuerdo al reconocimiento de una "democratización científica" 154, relativa al derecho y deber, de los científicos de participar en las decisiones a título de ente transmisor del desarrollo tecnológico. Sin perjuicio de lo anterior, estamos convencidos en que los jueces necesitan imperiosamente ser capacitados de acuerdo a los avances científicos y tecnológicos de la época actual, la interdisciplina de las ciencias se impone como una obligación grave. De aquí que se establezca que el Derecho, en cuanto ciencia, debe dialogar con otras ramas del saber. En este sentido la profesora A. VIVANCO MARTÍNEZ enseña: "esta desconexión entre las ciencias (...) ha redundado en que existan en nuestro país temas no resueltos jurídicamente o que terminan siendo normados bajo supuestos inexistentes o incompletos; resolución de casos por nuestras cortes sin los debidos insumos; desinterés de nuestros legisladores respecto de procesos que concitan atención mundial, y una falta de colaboración en materias en que no sólo se verían con buenos aportes de todos, sino que se requieren para contar con soluciones de calidad"155. **En segundo** lugar, el subjetivismo puede manifestarse respecto de la misma víctima que determina el cálculo de la chance perdida, por ejemplo, en el caso en que la víctima sufrió un accidente en la operación, habiendo perdido la chance de renunciar a ésta, si el médico no hubiera incurrido en falta de información so-

¹⁵¹ Coloquio internacional, "Probabilités subjectives et rationalité de l'action", CNRS, Besançon, 7-9.11.2000, citado por D. TAPINOS, op. cit., loc.cit.

¹⁵² Coloquio internacional, "Probabilités subjectives et rationalité de l'action", citado por D. TAPINOS, op. cit., n° 68.

¹⁵³ D. DACUNHA-CASTELLE, "Chemins de l'aléatoire. Le hasard et le risque dans la société moderne", Paris, Flammarion, 1996, p. 17.

¹⁵⁴ C. PIVOT, "Vers un nouveau mode d'action collective face aux risques" en "Gérer les risques Collectifs" sous la direction de Rychen, F. et Pivot, C. Horizon Groupe. 2002.

¹⁵⁵ A. VIVANCO MARTINEZ, "Derecho y ciencia: el reconocimiento de la interdisciplina", Revista chilena de derecho, vol. 38, n° 1, 2011, pp. 7-8.

bre el eventual acaecimiento del infortunio. Su chance perdida no puede ser determinada por el valor que el mismo paciente atribuya a su imposibilidad manifiesta de decidir, traducida en su creencia personal e íntima más absoluta, imposible de justificar mediante criterios científicos. El reconocimiento de la pérdida de una chance en este punto es altamente cuestionable. Lo dicho, pues la Corte de Casación ha resuelto que "la pérdida de una chance no puede depender de un evento futuro e incierto en que su realización se sujete de la actitud de la víctima"156. Luego, la pérdida de una oportunidad carecería de todo fundamento pues se vería valorada por la voluntad del enfermo. En esta lectura I. VACARIE manifiesta: "fundar una reparación de la pérdida de una chance sobre el carácter hipotético de la decisión que habría sido tomada por el demandante viene a asimilar acto voluntario y evento aleatorio, mientras que chance y voluntad son antinómicos "157. De una manera más tajante la profesora M. FABRE-MAGNAN expone: "no tiene sentido decir que (...) el enfermo tenía 25 o 30% de chances de rechazar la operación si él hubiera conocido los riesgos exactos".

56.- Los cuestionamientos en este punto también se sitúan respecto de demandas de pérdida de una chance, en situaciones en que si bien se ha incumplido la obligación de información, y en circunstancias que el riesgo en cuestión sea considerado débil en términos porcentuales, sería lógico estimar que el enfermo igualmente hubiera accedido a la operación. Respecto de esta última situación la Corte de Casación por fallo de 06.12.2007¹⁵⁸ rechazó la indemnización por pérdida de una chance respecto de un paciente que se hizo operar a raíz de un problema al corazón. En los hechos el médico no informó las consecuencias de la operación, y en la especie el paciente generó una hemiplejia muriendo tres meses después. Se estimó que no obstante la gravedad de la enfermedad cardíaca, de su evolución rápida y del carácter relativamente débil del riesgo corrido, considerado por los expertos como extraño, y aun mediando el cumplimiento de la obligación de información del médico, el paciente se hubiera hecho igualmente operar. Se rechazó la acción por pérdida de una chance por faltar a su carácter de real y serio.

57.- En fin, el análisis de la chance u oportunidad perdida nunca puede estar basado en un subjetivismo propio de lo que la víctima cree haber perdido, sino en una probabilidad sea ésta subjetiva u objetiva, según lo que expusimos más arriba. En efecto, la probabilidad involucrada deberá ser determinada en razón del riesgo al cual se ha expuesto a la víctima mediante la negligencia del médico y siempre que no se verifique

¹⁵⁶ I. VACARIE, art. prec., n° 919.

¹⁵⁷ M. FABRE-MAGNAN, op. cit., n° 617.

¹⁵⁸ Casación, 1ra. civ., 06.12.2007, n° 06-19301.

lo indicado en el párrafo anterior, esto es, que no obstante haberse cumplido con la información el enfermo igualmente hubiera aceptado la operación. Luego, la verificación o no de una frecuencia determinada científicamente en el riesgo en cuestión, determinará la decisión del tribunal, fundada en criterios de probabilidad objetiva o subjetiva, respectivamente.

58.- Habiéndonos referido al fundamento de la pérdida de una chance, pasaremos a revisar cuánto puede ser indemnizado en virtud de este perjuicio, en otras palabras, nos concentraremos en la extensión del resarcimiento.

B.- Extensión de la indemnización por chance perdida.

59.- La Corte de Casación gala **rechaza categóricamente resarcir el perjuicio retenido a título de pérdida de una chance en términos de considerar representativa o imaginariamente que lo perdido es la oportunidad concretizada,** toda vez que la chance suprimida no ha dejado de actuar en el terreno de la probabilidad, no siendo más que su pérdida real y efectiva el único fundamento de la reparación. En este sentido el máximo tribunal sostiene: "la reparación de la pérdida de una chance debe ser medida por la chance perdida y no puede ser igual a la ventaja que habría procurado esta chance si se hubiera concretizado "159. El criterio expuesto es también seguido por el máximo tribunal francés en materia administrativa —el Consejo de Estado— el cual pronunció en marzo de 2008 que la indemnización por pérdida de chance "debe ser evaluada según una fracción del daño corporal determinado en función de la chance perdida "160.

60.- La doctrina se ha manifestado asimismo a favor de la lectura jurisprudencial expuesta. En efecto, tal como exponen los profesores F. TERRE, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE "no se trata (...) de acordar a la víctima la ventaja que el acaecimiento del accidente le ha irremediablemente privado (...) puesto que esto sería suponer por sobre seguro que el demandante habría ganado su proceso, el criador la carrera, el candidato su examen o su concurso", agregando más adelante, "se trata solamente de considerar que la chance perdida valía algo, aquello que a la víctima ha sido privado"¹⁶¹. En este criterio, el profesor P. JOURDAIN refiriéndose a la determinación de la indemnización sostiene que el resarcimiento debe medirse según "la probabilidad de realización de la ventaja esperada o de evitar la pérdida sufrida"¹⁶². En similar sentido el autor Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ enseña (refiriéndose al cálculo de la probabilidad): "este último número siendo

¹⁵⁹ E. VERGES, "Les liens entre la connaisance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile", Larcier 2011, (dir.) E. Truilhe-Marengo, p. 127.

¹⁶⁰ Consejo de Estado, 21.03.2008, n° 266154.

 ¹⁶¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Dalloz, 10 ed., París, n° 701.
 162 P. JOURDAIN, "Les principes de la responsabilité civile", Dalloz, Connaisance du droit, 6ta ed., 2003, p. 148

una fracción inferior a la unidad, el monto de la reparación es siempre inferior a la ventaja perdida o a la incomodidad sufrida¹⁶³. Agregamos que de lege ferenda el conocido proyecto CATALA sobre reforma del derecho de las obligaciones y de la responsabilidad consagra en su artículo 1346 "la pérdida de una chance constituye un perjuicio reparable distinto de la ventaja que habría procurado esta chance si ella estuviera realizada".

61.- Por otro lado, manifestamos que en ciertas situaciones, respecto de las cuales la indemnización es elevada hasta la altura de la ventaja esperada, es posible confundir la pérdida de una chance con la causa de pedir del litigio en cuestión. En estos eventos no es la destrucción culpable de la oportunidad lo que motiva el contencioso, sino la pérdida de la ventaja misma que aparece como suficientemente cierta. Lo expresado es apreciable según lo resuelto por el Consejo de Estado en materia de falta profesional del abogado¹⁶⁴. En que si bien la lectura del fallo puede conducir a erróneas interpretaciones, pareciendo afirmar que lo que se indemniza por concepto de pérdida de oportunidad es la totalidad de la ventaja esperada, lo que en concreto se repara es derechamente la integridad del beneficio suprimido, apareciendo éste como un daño cierto sin recurso a un examen de probabilidades.

62.- Por último, aboquémonos ahora al mecanismo de determinación de las chances perdidas.

C.- Cálculo de la chance cuya pérdida debe indemnizarse.

63.- Aun cuando en Francia, como vimos, el juez de fondo aprecia la pérdida de las chances y su valoración soberanamente, diversos mecanismos o fórmulas son propuestos para cumplir con la labor de determinar el monto que por concepto de indemnización de las oportunidades perdidas debe ser atribuido a la víctima. Desde un punto de vista general, hacemos presente que lejos de toda equivalencia entre perjuicios finales y por pérdida de oportunidad, se desprende de lo indicado por M. L. LAROM-BIERE que la reparación debe ser calculada mediante el producto de la ventaja suprimida y de la probabilidad en realización de la ventaja, aun cuando se deduce de lo señalado por el mismo autor, que los jueces no están obligados a sujetarse en su estimación a los cálculos rigurosos de las probabilidades, ni a tenerse por matemáticos o algebristas¹⁶⁵. De acuerdo a lo indicado, los valores probabilísticos del beneficio esperado y la identificación de las probabilidades

¹⁶³ Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, op. cit., n° 184.

¹⁶⁴ Consejo de Estado, 05.07.2006, n°275637, JCP 2006, act. 350, JCP 2007, I, 115, n° 3, obs. Ph. STOFFEL-Munck.

¹⁶⁵ M.L LAROMBIÈRE, "Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil"», tomo VII, articles 1349 à 1386, Pedone, 19885, pp. 575-576.

de percibir el beneficio son fundamentales a la hora de la determinación del quantum resarcitorio.

64.- Lo expuesto anteriormente nos permite extraer una regla general de determinación del quantum del perjuicio (QP), el cual deberá ser determinado por el producto entre el beneficio esperado (BE) y de la probabilidad del beneficio (PB). Cabe destacar que el método expuesto detenta una aplicación reducida, pues contempla exclusivamente aquella chance que no pudo ser intentada, por ejemplo, el caballo impedido de correr hace perder a su propietario o a los apostadores la chance de percibir el provecho de una eventual victoria. En otro ámbito, tal como hemos afirmado más arriba, puede haber chances que aun siendo corridas, no por ello dejan de comprender en sí mismas una disminución probabilística que merece ser resarcida. Así, por ejemplo, quien ya estando comprometido con la persona con quien pretende contraer matrimonio, un accidente pone fin a esta esperanza¹⁶⁶. En este caso, la pérdida de las chances es parcial, mientras que en el primero es total, pero en ambos parcialmente responsable, pues no puede afirmarse que el caballo ganaría la carrera, o que el novio contraería el vínculo. Luego la determinación del QP se determinará mediante el resultado de la diferencia de chances iniciales y finales por el producto del BE.

65.- Apreciamos que el modelo de determinación del monto a indemnizar antes expuesto no considera a la causalidad requerida entre el hecho generador y el perjuicio como factor a incorporar en las fórmulas de cálculo. Se omite, puesto que el vínculo de causalidad en la pérdida de una chance –en su carácter de perjuicio autónomo, de acuerdo a una visón general o tradicional de la figura- siempre es cierto y directo no pudiendo entonces representar otro coeficiente diferente del factor 1. Así, es indiferente que las fórmulas expuestas no consideren la representación numérica del vínculo causal, ya que el resultado siempre sería el mismo. Luego, la acentuación es puesta aparentemente en la probabilidad del daño, mas no en la causalidad de éste. Lo anterior lo estimamos acertado, pues mediante la diferencia de probabilidades, es decir, en virtud de la demostración de que la intervención del agente disminuyó las oportunidades de percibir el beneficio esperado, se demuestra consecuencialmente el rol causal exigido y a su vez se determina cual es la proporción en el daño final al que debe ser condenado quien actuó culpablemente. Sin perjuicio de lo anterior, las fórmulas descritas no pueden ser, a nuestro juicio, aplicadas en escenarios en que la causalidad es incierta, como lo es el campo de la responsabilidad médica. La fórmula debe considerar el porcentaje de probabilidad que el daño provocado se deba a la culpa del agente, y resarcir en mérito del resultado.

¹⁶⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 283.

66.- En virtud de lo anterior, otro modelo de cálculo de la pérdida de una chance es propuesto por el profesor E. VERGÈS, quien indica que en esta función "el juez aplica un coeficiente definido por la probabilidad científica que el daño acontezca"167. El citado profesor recurriendo a ecuaciones matemáticas explica el cálculo de la indemnización de la pérdida de la chance refiriéndose en su argumentación a comentadas decisiones de jurisprudencia. En efecto, en virtud de un fallo de la Corte de Casación el 10.07.2002168, en que se estableció que no es seguro que el correcto actuar de una matrona hubiera podido impedir las lesiones que el niño sufrió en el momento del parto -prueba de la incertidumbre de la situación- el Tribunal de Alzada estableció como pérdida de oportunidad y en definitiva como indemnización el 50% de los perjuicios reales. El citado profesor identifica la situación descrita mediante la siguiente fórmula: Hecho generador (cierto = 1) x vínculo causal (incierto = 0.5) x daño = Indemnización x 0,5, es decir, la mitad del daño integral. Luego, para aquellos casos en que la causalidad es incierta, pero que no parece apropiado traducir el perjuicio por pérdida de una chance a la mitad de los perjuicios reales, ya que la probabilidad no resiste ser calculada según un criterio de "punto medio" (0.5), el profesor VERGÈS propone ajustar el índice de probabilidad a un factor N multiplicable como coeficiente de vínculo de causalidad. A mayor claridad, el factor N debe ser en todo caso mayor a 0 (de lo contrario no hay indemnización), y menor a 1 (de lo contrario habría indemnización integral). Pues bien, la determinación concreta del factor N puede obedecer a dos mecanismos. Primero, el de la aproximación, en aquellos casos en que la comunidad científica no ha determinado el porcentaje de probabilidad que una negligencia pueda provocar un riesgo de daño al cual se exponga la víctima; y segundo, lógicamente, el de la precisión del cálculo del experto basado en el conocimiento científico capaz de cuantificar el riesgo de un daño de forma consensuada. Identificándose la figura con una típica "situación de certeza de riesgo, en relación a una incertidumbre de daño" 169. A modo de justificar este punto, se hace referencia a lo decidido por el Consejo de Estado, en fallo de 21 de diciembre de 2007, en el cual en una situación de pérdida de visión, y basándose en la pericia médica, dispuso que el porcentaje al cual debía ascender la reparación por pérdida de oportunidad correspondía al 30% del daño corporal, el cual había sido evaluado en 50.000 euros. En este razonamiento, la fórmula a aplicar se traduce en lo siguiente: Hecho generador (1) x N (0,3) x Daño (50 000) = 15 000. Por último, la ecuación expuesta por el profesor VERGÈS se encuentra en íntima concordancia con los cálculos efectuados por los jueces de ordenamientos anglosajones, y se ajusta a lo que nosotros entendemos por pérdida de una chance en un escenario causal incierto. En este sentido, el profesor WRIGHT, importante exponente del

¹⁶⁷ E. VERGES, art. prec.

¹⁶⁸ Casación, 1ra. civil, 10.07.2002, n° 01-10.039, Boletín civil, I, n° 197

¹⁶⁹ E. VERGES, art. prec.

derecho estadounidense, ilustra que la determinación cuantitativa del resarcimiento deriva de la multiplicación del daño manifiesto por la chance perdida en atención a la probabilidad causal del daño¹⁷⁰.

67.- A nuestro juicio la mecánica recientemente expuesta es un efectivo mecanismo de determinación del monto equivalente al resarcimiento por vía de pérdida de la oportunidad. Recordemos que indemnizar la oportunidad perdida, según se desprende de lo enseñado por el profesor A. BÉNABENT, se identifica con la sustracción de la valoración pecuniaria del daño final frustrado o no resarcible, el porcentaje de incertidumbre causal respecto de la conducta negligente del sujeto activo¹⁷¹. Objetivo plenamente conseguido por el profesor E. VERGES en su esquema.

Conclusión

68.- Al cerrar este trabajo manifestamos nuestra convicción, de que la pérdida de una chance constituye un efectivo mecanismo de protección de las víctimas de un daño identificado con la destrucción de una probabilidad o de un agravio vinculado probablemente a un agente dañoso. De aquí que sostengamos que la figura estudiada comprenda un verdadero contenido bifuncional. Así, si bien en ambos polos de la institución existe un perjuicio que debe ser reparado, en uno de ellos dicho daño es atribuido causalmente en forma directa a la culpa de un tercero; mientras que en el otro no puede ser asignado sino que probabilísticamente. Luego, la pérdida de una chance, en el primer escenario, permitirá revestir de mérito indemnizatorio una probabilidad cierta, y en el segundo, determinar el porcentaje de probabilidades de que un daño causalmente incierto pueda haberse producido por culpa del agente, ordenando su reparación de acuerdo al porcentaje de probabilidad causal determinado. Desprendemos la importancia de la pérdida de una chance en el Derecho de la responsabilidad civil, pues integra en el ámbito jurídico un elemento propio de la vida del hombre, lo aleatorio, lo posible, lo contingente, tanto desde la perspectiva del daño, como desde el enfoque de la causalidad.

¹⁷⁰ R. W. WRIGHT, "Proving Causation: Probability versus Belief", art. prec., loc. cit.

¹⁷¹ A. BÉNABENT, "La chance et le droit", p. 179.