



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

EL PROBLEMA DE LA CAUSALIDAD EN LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD: UNA
MANIFESTACIÓN A FAVOR DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Vicente Valenzuela Machuca

Profesores Guía: Nicolás Rojas Covarrubias – Camilo Vergara Santelices

Abstract

El propósito de la presente investigación es indagar respecto a casos de incertidumbre causal dentro de la responsabilidad civil. En concreto, se plantea abordar los problemas asociados a la pérdida de la oportunidad desde la dificultad de acreditación causal, en vez de considerarlos desde la perspectiva de los daños indemnizables. Para ello, se realiza una reconstrucción de ciertos aspectos problemáticos de la acreditación del nexo causal y se argumenta a favor de una concepción que reconozca la naturaleza probabilística de los juicios causales. De la misma manera, se ahonda también en si es posible construir aquella noción en la jurisprudencia reciente. Aquello se realiza para afirmar que la pérdida de la oportunidad, siguiendo una regla de responsabilidad proporcional, implicaría un cuestionamiento al estándar binario de imputación causal, al denegar que su carácter es absoluto y al señalar que resulta ineficaz para abordar ciertas premisas de incertidumbre causal.

“The purpose of this investigation is to inquire about cases of causal uncertainty within tort liability. Specifically, it proposed to address loss of opportunity from the difficulty of accreditation of a causal link, instead of the perspective of compensable damages. To achieve this, a reconstruction of certain problematic aspects of accreditation of causal links is carried out, and an argument in favor of a conception that recognizes the probabilistic nature of causal judgements is made. In the same way, it also delves into whether it is posible to construct that notion in recent jurisprudence. This is done to sustain that loss of opportunity, following a rule of proportional liability, would imply a questioning of the binary standard of causal imputation, by denying that it is absolute and by pointing out it is inefficient to address certain premises of causal uncertainty.”

Índice

Abstract	3
Introducción.....	6
1. Problemas de acreditación del nexo causal en la responsabilidad civil extracontractual. ...	9
1.1 La causalidad como requisito de la responsabilidad civil extracontractual.	9
1.2 El tratamiento de la causalidad en el Código Civil Chileno.	12
1.3 Clasificaciones y distinciones relevantes en materia de causalidad	16
1.4 El problema de la certidumbre.	18
2. La doctrina de la pérdida de la oportunidad	24
2.1 Origen de la doctrina en el derecho comparado.	24
2.2 Desarrollo en Chile	28
2.3 La pérdida de la oportunidad bajo un supuesto de incertidumbre causal	29
2.4 Deficiencias probatorias y epistémicas respecto al vínculo causal en la pérdida de la oportunidad	32
3. La pérdida de la oportunidad como figura de causalidad probabilística	35
3.1 La pérdida de la oportunidad como mera rebaja del estándar de prueba.....	35
3.3 Pérdida de la oportunidad como responsabilidad proporcional: posturas moderadas y radicales	39
3.4 Pérdida de la oportunidad como categoría especial de daño: un modo de evasión del problema de incertidumbre causal.....	42
3.5 La pérdida de la oportunidad desde una perspectiva utilitaria.	51
3.6 Insuficiencias del régimen de atribución causal tradicional para la aplicación de pérdida de la oportunidad.....	55
Conclusiones.....	58
Bibliografía.....	62
Libros y artículos citados.....	62

Jurisprudencia citada	65
Legislación citada.....	65

Introducción

El fin último de este trabajo es profundizar en la discusión que rodea la doctrina de la pérdida de la oportunidad, abordándola desde el punto de vista de la causalidad. En este sentido, existen dos principales posturas: Quienes sostienen que la pérdida de la oportunidad permite simplemente “prescindir” de la incertidumbre causal entre ilícito y daño final, en favor de considerar la oportunidad perdida desde la conceptualización del daño. La acreditación de la causalidad debe, bajo esta concepción, atenerse a los requisitos de acreditación del nexo causal que tradicionalmente han sido esgrimidos por la doctrina, esto es, un vínculo necesario y directo que elude su parcialización. De esta manera, la responsabilidad quedaría configurada con un vínculo causal íntegro, evitando la discusión respecto a un posible razonamiento proporcional. La pregunta fundamental de esta concepción es, entonces, la pregunta respecto a si se le otorga valor a la oportunidad perdida, o, en otras palabras, si la oportunidad constituye un daño indemnizable por nuestro sistema de responsabilidad civil.¹

Existen otras posiciones, sin embargo, desarrolladas paralelamente a esta primera concepción, que señala que el criterio opera directamente para paliar un “déficit epistémico” inherente a los casos de elevada incertidumbre causal². Este déficit se explicaría como la situación fáctica de incerteza que existe en la acreditación del nexo causal entre ilícito y daño final, considerando que efectivamente la doctrina se aplica como una forma de responsabilidad proporcional, otorgando un resarcimiento que se configura de manera probabilística.³ Esta ha sido, tradicionalmente, la conceptualización del *common law* del resarcimiento de las oportunidades perdidas. La pregunta que se realiza aquí es doble. En una primera instancia, la pregunta se hace respecto a la indivisibilidad del nexo causal, que es tratado de manera binaria por la mayor parte de los sistemas de responsabilidad civil, mientras que la segunda implica una definición epistemológica respecto a la dificultad de la incerteza frente a las relaciones causales.

¹ Mauricio Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», *Anuario Iberoamericano de derecho notarial*, n.º 4-5 (2015): 244.

² Lilian San Martín y Jorge Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil: Estudio de La Jurisprudencia Chilena.», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 15 de diciembre de 2020), 334-35, <https://papers.ssrn.com/abstract=3749443>.

³ San Martín y Larrocau, 348-50.

En la actualidad, las bases de esta doctrina no se encuentran completamente contestes, aunque su incorporación dentro del sistema de responsabilidad chileno está mayormente establecida dentro de la doctrina y la jurisprudencia, particularmente dentro de los ámbitos de la responsabilidad médica y responsabilidad por desastres naturales⁴. Por ello, la investigación se propone los siguientes objetivos:

En primer lugar, construir la noción de causalidad dentro del Código Civil, indicando algunas de las problemáticas que surgen en su conceptualización y como la normativa resulta del todo insuficiente para intentar dar soluciones en los casos límites que se presentan. Resulta interesante indagar en un ejercicio como este, pues las referencias dentro de la normativa vigente a través de las cuales se han desarrollado las doctrinas de causalidad son escasas. Los requisitos para el establecimiento de la causalidad son derivados de una norma que, en principio, parecería remitirse únicamente al incumplimiento contractual y no a un daño acaecido por delito o cuasidelito civil.⁵

En segundo lugar, realizar un análisis del tratamiento que se haya dado en fallos de la Corte Suprema (y uno pronunciado por la Corte de Apelaciones), en donde se diriman controversias utilizando la doctrina de la pérdida de la oportunidad, que es donde originalmente tuvo su desarrollo inicial. Esto, para construir la doctrina de la pérdida de la oportunidad argumentando a favor de una concepción que aborde la incertidumbre inherente a su problemática desde el punto de vista de la causalidad. Esto implica resaltar lo que constituye, en nuestra opinión, su faceta más interesante e innovadora: el cuestionamiento al sistema tradicional binario de atribución causal, al cual intenta dar solución a través del reconocimiento de la naturaleza probabilística de su acreditación y que la doctrina de la oportunidad como una categoría especial de daños pareciera evadir.

El objetivo de aquello es proporcionar una base conceptual en donde la pérdida de la oportunidad pueda operar como una forma de responsabilidad proporcional, de manera de poder construir criterios que así lo reconozcan. Para ello, particular consideración hay que otorgar a factores externos al razonamiento en sede causal, que de alguna manera afecten la integridad o

⁴ San Martín y Larrocau, 130-31.

⁵ Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1. ed., reimpr (Santiago: Ed. Jur. de Chile, 2007), 375.

la rigurosidad con la que se aplica la doctrina. Aquello, pues uno de los cuestionamientos comunes a el otorgamiento de este tipo de indemnizaciones es que los tribunales operan de rebaja del estándar probatorio y no como una compensación en un supuesto particular de incerteza causal o respecto a la certidumbre de la oportunidad perdida.⁶ Esto no constituiría una forma rigurosa de aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad como se ha venido desarrollando en la doctrina anglosajona, por motivos que detallaremos más adelante.

Con todo, el ejercicio de debatir respecto de una distinción que, para la mayoría de sus efectos, es meramente teórica tiene, en sí mismo, un valor. Sin embargo, se debe efectivamente comprobar, mediante un ejercicio empírico, que las discusiones que se dan dentro de la academia tienen un desarrollo equivalente en la práctica. Preliminarmente, sería conveniente afirmar que aquel es el caso y que efectivamente existen indicios que permiten sostener que nuestra judicatura considera la doctrina de la pérdida de la oportunidad como una forma de responsabilidad proporcional, pero, en el día a día, la indemnización de las oportunidades perdidas puede responder a otros criterios externos que quedan fuera del razonamiento formal que intentamos demostrar. De no conocer la práctica jurídica en la que se enmarca el desarrollo doctrinario, toda la discusión corre el riesgo de volverse nimia e insignificante. En ese sentido, pueden llegar a encontrarse respuestas si se parte de la base de que no hay soluciones íntegras. Cada doctrina parte de una premisa de incertidumbre fáctica que se verifica a nivel epistemológico y que no puede ser remediada, por lo que cada solución implica la realización de algún sacrificio en términos de distribución de los riesgos a lo largo de las partes enfrascadas en una controversia de una elevada incerteza.

⁶ Ignacio Ríos y Rodrigo Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad* (Editorial Jurídica, 2014), 187, <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/138883>.

1. Problemas de acreditación del nexo causal en la responsabilidad civil extracontractual.

1.1 La causalidad como requisito de la responsabilidad civil extracontractual.

La discusión respecto a la responsabilidad proporcional y la pérdida de la oportunidad⁷ es una de las problemáticas vinculadas con los fines de los sistemas de responsabilidad extracontractual. La pregunta fundamental que estas doctrinas plantean es: ¿Cómo se distribuye el riesgo entre los distintos actores en un determinado supuesto dañoso de difícil acreditación? ¿Cuál es el mecanismo de solución para casos de elevada incertidumbre causal, en donde la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones está destinada, inevitablemente, a fracasar?⁸ En este sentido, la doctrina se plantea como un “instrumento de equidad”, que podría promover disuasiones de conductas negligentes.⁹

Cuando se habla de los “requisitos” de la responsabilidad civil extracontractual, se entiende que la pregunta central a la que se enfrenta el sistema es a las razones que ameritan su establecimiento. La regla general es que cada sujeto de derecho soporta sus daños, a menos que exista una razón para imputárselos a un tercero.¹⁰ La responsabilidad civil configura la responsabilidad del tercero solo en la medida en que se cumplan ciertos estándares abstractos. El principio subyacente detrás de los requisitos dice relación con el alcance de una “suficiencia”,

⁷ Cabe destacar que existe una discusión doctrinaria respecto al uso del vocablo “oportunidad”, versus el vocablo “chance” para denominar la doctrina referida. Para los efectos de esta investigación, se utilizará la primera denominación.

⁸ San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 348.

⁹ Michael D. Green, «The Future of Proportional Liability», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 26 de octubre de 2004), 5, <https://papers.ssrn.com/abstract=610563>; Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 236.

¹⁰ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 65; Juan Manuel Prevot, «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil», *Revista chilena de derecho privado*, n.º 15 (diciembre de 2010): 147, <https://doi.org/10.4067/S0718-80722010000200005>.

que permite desplazarnos desde el régimen general, donde el individuo soporta sus propios daños, a poder atribuirlos a la acción de un tercero y, por lo tanto, exigir una indemnización.¹¹

Los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil han sido tradicionalmente concebidos como los siguientes: En primer lugar, se requiere de la existencia de un hecho, acción u omisión cometida por un sujeto. En segundo lugar, por medio del hecho debe producirse un daño o perjuicio contra otro. En tercer lugar, se requiere un factor de imputación, el cual, según si el caso particular adscriba a un régimen de responsabilidad subjetiva u objetiva, podrá ser la culpa o el riesgo, respectivamente. El cuarto requisito es la existencia de una relación causal entre el hecho y el daño causado.¹²

Este requisito puede concebirse bajo diversos nombres: “relación de causalidad”, “nexo causal”, “vínculo causal”¹³, etc. Independiente de la acepción que se prefiera, es conteste que este factor ha sido tradicionalmente conceptualizado como uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil extracontractual. Según Enrique Barros, la causalidad es uno de los fundamentos más generales de la responsabilidad civil, pues “la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión causal entre su hecho y el daño. Sólo bajo esa condición puede darse por establecido un vínculo personal entre el responsable y la víctima de ese daño.”¹⁴

Lo anterior implica que la causalidad actúa como un mecanismo de atribución que vincula un cierto hecho o acción con un resultado particular, señalando que el segundo se encuentra dentro de una relación causa-efecto con el primero. Su rol, entonces, es de servir de fundamento de la responsabilidad extracontractual, en la medida en que los daños que serán objeto de reparación serán aquellos que se encuentren en una determinada relación causal con la acción que los originó.¹⁵ En tal sentido, el profesor Joseph King señala: “La causalidad se refiere a relación

¹¹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 148.

¹² Barros Bourie, 29-32.

¹³ En adelante, “vínculo causal”, “relación de causalidad” y “nexo causal”, serán utilizados indistintamente para efectos prácticos.

¹⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 373.

¹⁵ Joseph King, «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences», *Yale Law Journal*, 1 de enero de 1981, 1353, <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/16081>.

causa-efecto que debe ser establecida entre la conducta dañosa y un daño antes de que la responsabilidad sobre ese daño pueda ser impuesta”.¹⁶

De esta manera, la causalidad se ha concebido dentro de la doctrina con una doble función: En primer lugar, sirve como fundamento para establecer la responsabilidad, pero también como límite a su atribución. Lo primero, pues debe existir un vínculo entre el hecho del sujeto y el daño que se concreta a partir de ese hecho. Lo segundo, pues el daño indemnizable es sólo aquel que pueda conectarse con la actividad del sujeto.¹⁷

¹⁶ King, Joseph, Causation, Valuation, and Opportunity in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, *Yale Law Journal*, 1353. La traducción es nuestra.

¹⁷ Lilian C. San Martín Neira y Jorge Larrocau Torres, «El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena», *Revista de Derecho Privado*, n.º 40 (2021): 332, <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.12>.

1.2 El tratamiento de la causalidad en el Código Civil Chileno.

Las reglas sobre la responsabilidad civil extracontractual están tratadas de manera general dentro del Código Civil. Sería correcto afirmar que aquellas normativas obedecen a una inespecificidad de manera intencional. Al tratarse de un ámbito tan complejo, los aparentes vacíos deben ser llenados a través de desarrollos doctrinales y jurisprudenciales que se nutren desde la práctica jurídica. Sería irrazonable exigir del legislador el mismo nivel de detallismo con el que se estableció, por ejemplo, la regulación civil de los bienes, al estar frente a situaciones fácticas impredecibles y permanentemente variables propias de la responsabilidad. En este mismo sentido, un ámbito de la responsabilidad civil que resulta particularmente sinuoso (y así es declarado por importante parte de la doctrina)¹⁸, es aquel que se avoca al estudio de la relación de causalidad, sus fuentes normativas y la construcción de significados que sean concordantes en cuanto a sistema de responsabilidad civil, en especial cuando nos encontramos bajo supuestos de incertidumbre causal.

La causalidad no es mencionada explícitamente dentro del Código Civil chileno. Las normas a las que comúnmente se hace referencia para explicarla son las mismas que establecen principios y fundamentos generales de la responsabilidad civil, esto es, los artículos 2314, 2329, entre otros.¹⁹ Ya que nuestro Código Civil no se refiere explícitamente a la causalidad dentro de su articulado de la misma manera en que lo hace respecto a los demás requisitos para configurar la responsabilidad civil, aquella debe ser deducida de los mencionados artículos, pues exigencia de relación causal entre hecho y daño aparece implícitamente en ellos. En particular, podemos señalar el artículo 1437 y el artículo 2314.²⁰

Señala el artículo 2314: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que *ha inferido* daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”. Así mismo, el artículo 1437 sostiene que “Las obligaciones nacen (...) ya a

¹⁸ Prevot, «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil», 144-46.

¹⁹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 375-76.

²⁰ Barros Bourie, 375-76.

consecuencia de un hecho que *ha inferido* injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos.²¹

Los artículos se refieren al hecho constitutivo de delito que infieren daño a otra persona. Aquí, la referencia a la causalidad debe extraerse del indicativo “infiere”, no encontrándose explícita dentro de la redacción del articulado. Según el profesor Barros, estos dos artículos permiten establecer las dos “facetas” que reviste la relación de causalidad, esto es, la causalidad natural, en el sentido de una conexión material entre delito/cuasidelito y su consecuencia dañosa y/o injuriosa y la causalidad normativa, en la medida en que el daño sea jurídicamente imputable al hecho.²²

Lo escueto del Código Civil respecto a sus menciones de la relación causal ha implicado que la doctrina haya tenido que derivar criterios concretos apelando a sectores diversos dentro del mismo Código. De hecho, la mayoría de la regulación concreta que delimita el asunto viene por medio del desarrollo por parte de la doctrina. Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia nacional ha sostenido que, para establecer un vínculo causal entre hecho y daño, se necesita que éste sea necesario y directo. Esto se desprende, principalmente, a través de una interpretación extensa del artículo 1558 del Código Civil, el cual señala que el deudor responde de los perjuicios que son consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido una obligación.²³ Si bien, en principio, esta norma establece una relación entre el deudor y el incumplimiento de una obligación, colocándola dentro de la esfera de la responsabilidad contractual, se ha concebido por diversos autores como un principio general de causalidad, cuyos principios se extienden, por lo tanto, hacia la responsabilidad extracontractual.²⁴ El poco desarrollo que ha tenido la causalidad en relación con otros requisitos de la responsabilidad civil también responde a que, en el noventa y nueve por ciento de los casos, el requisito de la causalidad no es un problema, pues se hace evidente, a través de la aplicación de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, que el daño no podría existir de no haber mediado el actuar negligente o doloso del agente.²⁵ Este trabajo se remite, de manera admitida, a ese uno por ciento, en donde la prueba

²¹ El destacado es nuestro.

²² Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 375-76.

²³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 375.

²⁴ Barros Bourie, 375-80.

de la vinculación causal se hace tremendamente dificultosa, sino imposible, ya sea porque existe un componente aleatorio o porque hay más posibles causas de la consecuencia dañosa.²⁶

En tal sentido, en materia de causalidad, pueden darse ciertos casos límites en que no podemos descartar de plano que exista un vínculo causal entre un determinado hecho y un resultado dañoso, pero tampoco podemos aseverar, bajo un criterio abstracto y absoluto, que efectivamente el daño acaeció por medio del hecho en particular. Este problema de determinación de nexos causal se ha denominado comúnmente en la doctrina comparada como “incertidumbre causal” y es el problema materia de esta investigación.²⁷²⁸

Es el caso, por ejemplo, del paciente de un cáncer mal diagnosticado por un médico y que, por falta de tratamiento, termina falleciendo meses después. No podemos atribuir que existe un vínculo directo y necesario entre la acción negligente del médico que provee un diagnóstico erróneo y la muerte, pues, dentro de todo, existen diversos factores que podrían haber contribuido al mismo resultado, siendo el hecho más patente que el tratamiento oncológico provee al paciente de una probabilidad de recuperación, mas no la asegura. Sería un error decir, entonces, que necesariamente el médico le causó la muerte al paciente, pues existe un componente aleatorio que impide establecer un vínculo causal directo y necesario entre el hecho negligente y su consecuencia dañosa.²⁹

Otro ejemplo es el caso de una persona de negocios que debe tomar un vuelo para terminar de concretar una oportunidad de negocio que le será sumamente lucrativa, pero antes de abordar el avión, se le informa que éste ha sido retrasado. Ello tiene como consecuencia de que no puede llegar a tiempo a su reunión y, por ende, pierde la oportunidad de cerrar el negocio. ¿Puede decirse razonablemente que la aerolínea le causó el perjuicio de perder las utilidades que habría conseguido si hubiera llegado a tiempo? No, pues no dependía de la aerolínea que él

²⁶ King, «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences», 1354.

²⁷ Cabe destacar que el problema de la incerteza causal no es uno que se agote en la pérdida de la oportunidad, sino que aquella, sostenemos, es un mecanismo de solución de un supuesto particular de incertidumbre causal. Para leer respecto al desarrollo general de las doctrinas de responsabilidad proporcional, véase Luis Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal* (Aranzadi Thomson Reuters, 2018), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=761857>.

²⁸ San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 330-31.

²⁹ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 334.

efectivamente firmara ese acuerdo. Perfectamente podría haber llegado a tiempo y, por razones propias de las negociaciones, no haber llegado a una conclusión favorable. Lo mismo sucede en el caso de un profesor que negligentemente impide que un estudiante rinda un examen de selección universitario, por ejemplo.³⁰ En este tipo de situaciones, no tenemos la certeza absoluta de que efectivamente el agente participó en la comisión del resultado dañoso, pues éste no dependía de factores únicamente imputables a aquel. De lo que sí podemos estar seguros, es que existió efectivamente un grado de participación del agente, ya sea privando al sujeto de una oportunidad de acceder al beneficio esperado, o aumentando el riesgo de sufrir un determinado mal.³¹ El paciente podría haber muerto de todas formas, el empresario podría haber tomado su vuelo y de igual manera no haber cerrado el trato, el estudiante podría haber rendido el examen y haberlo reprobado. La conclusión de todo esto es que existe necesariamente un componente aleatorio que influye en la dificultad de establecer una conexión causal.³² Como veremos más adelante, la solución a este problema puede ser abordado de diferentes maneras. Nuestra hipótesis es que el dilema basal de este tipo de situaciones es la incerteza intrínseca respecto a la verificación del nexo causal. Aquella impide establecer la responsabilidad civil y debe ser remediada apelando a criterios distintos a los tradicionales, so pena de generar situaciones de indefensión de las víctimas.

Este conflicto adelanta la discusión posterior respecto a las formas de determinación del vínculo causal, y la dificultad de su esclarecimiento puede ser el motivo por el cual no ha tenido un desarrollo doctrinario a la par de los demás requisitos de la responsabilidad. Con todo, podemos concluir que, tanto el escueto tratamiento que se le da a la materia en el Código Civil, como lo sinuoso de los requisitos que se han derivado por la doctrina, se hacen insuficientes para compensar situaciones límite que acaecen en materia de causalidad, en particular aquellas vinculadas a situaciones de elevada incerteza causal. En este sentido, la profundización de las problemáticas y el rápido avance de la tecnología ameritan la creación de criterios específicos que se ajusten a estas nuevas realidades³³. Esto justifica la aparición de doctrinas como la

³⁰ Tapia, 234.

³¹ Tapia, 235.

³² Tapia, 235.

³³ Renzo Munita M, «Recursos comparados relativos a la determinación del vínculo causal: un análisis centrado en eventos de responsabilidad sanitaria», *Revista chilena de derecho privado*, n.º 23 (diciembre de 2014): 209, <https://doi.org/10.4067/S0718-80722014000200005>.

pérdida de la oportunidad que, según nuestro punto de vista, sería una forma de cuestionar la forma tradicional de atribución del vínculo causal, reconociendo la posibilidad de establecer la responsabilidad civil sin la necesidad de un nexo absoluto, sino simplemente reduciendo la indemnización al porcentaje de participación del agente en una determinada consecuencia dañosa.³⁴

1.3 Clasificaciones y distinciones relevantes en materia de causalidad

Como decíamos antes, la causalidad cumple una función doble en el sistema de responsabilidad. Por un lado, sirve como un requisito para su atribución, por el otro, sirve como un límite al resarcimiento de ciertos perjuicios.³⁵ El factor clave para el análisis del segundo aspecto de la causalidad viene a través de la distinción entre la causalidad natural y la causalidad normativa. La primera dice relación con los aspectos fácticos del nexo causal, esto es, la vinculación que existe en el mundo sensible entre el hecho y el daño que provoca. Por otro lado, la causalidad normativa se ocupa de la calificación de los hechos que resultan jurídicamente relevantes para establecer el nexo causal.³⁶

La causalidad natural puede definirse como la conexión fáctica que se da en el plano del mundo sensible. Es decir, la relación de causa-efecto que existe entre la acción u omisión de un agente, con el resultado que ésta acarrea.³⁷ Por ejemplo, si la acción realizada es no respetar una luz roja en una intersección mientras se va conduciendo, la conducta del infractor (asumiendo que no existen más variables a considerar), estaría en una relación de causalidad con el daño patrimonial y las lesiones que provoque. Al realizar la abstracción a un punto de vista lógico, se trata de la relación entre que un supuesto “p” sea resultado de “q”.³⁸ Otra manera de definirlo es

³⁴ Munita M, 210-11.

³⁵ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 373-74.

³⁶ San Martín y Larrocau, «El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil», 332-33.

³⁷ San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 332-33.

³⁸ Rogelio Bárcena, «La causalidad en el derecho de daños», *TDX (Tesis Doctorals en Xarxa)* (Ph.D. Thesis, Universitat de Girona, 2013), 88-91, <http://www.tdx.cat/handle/10803/108448>.

sosteniendo que la causalidad material tiene la función de “determinar la imputación de un hecho dañoso a su autor, o tender a la individualización del responsable del daño.”³⁹

La causalidad normativa, por otro lado, es la faceta de la causalidad que se ocupa de identificar criterios de atribución causal que permitan acotar el rango entre todas las condiciones pre identificadas como relevantes a efectos de la producción del daño.⁴⁰ En este sentido, pueden identificarse dos principales mecanismos prestados desde el desarrollo doctrinal penal: La causa adecuada y la doctrina de la imputación objetiva. Por otro lado, otra manera de definirlo sería que la causalidad jurídica o normativa se ocupa de “determinar el contenido de la obligación resarcitoria o la medida de la reparación.”⁴¹

Las distinciones doctrinarias que aquí se mencionan son relevantes, en la medida en que permiten delimitar el fin último que tiene la doctrina de la pérdida de la oportunidad vista en sede de causalidad, el cual es el paliar el déficit epistémico que se genera en sede de causalidad natural.⁴² Una de las preguntas relevantes a considerar es, si los razonamientos que tienden a proporcionar la causalidad en términos probabilísticos es materia de causalidad natural o normativa. En este sentido, hay que diferenciar la naturaleza del problema que se intenta resolver mediante la doctrina (en este caso, un problema de orden epistémico, o sea, de causalidad natural), de la naturaleza propia de la solución. Efectivamente la responsabilidad proporcional intenta darle solución al déficit epistémico intrínseco a la incerteza causal, mediante mecanismos propios de la causalidad normativa.⁴³ Ante todo, una conclusión que puede extraerse de aquello es que no existe un criterio uniforme o unitario de aplicación del vínculo de causalidad, en virtud de que el desarrollo doctrinario, en buena medida, ha “elaborado

³⁹ Prevot, «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil», 146.

⁴⁰ San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 332-33.

⁴¹ San Martín y Larrocau, 332-33; Prevot, «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil», 146.

⁴² John Makdisi, «Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability», *North Carolina Law Review* 67, n.º 5 (1 de junio de 1989): 1063-64.

⁴³ Beatriz Gregoraci, «La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)», *Anuario de derecho civil* 73, n.º 2 (2020): 809-10.

criterios que han producido un acercamiento entre la llamada causalidad natural y la causalidad jurídica, pues se trata de criterios que lidian con la incerteza causal en el plano normativo.”⁴⁴

En este sentido, ya no se busca la comprobación absoluta del nexo causal en el sentido natural, pues se reconoce que es materialmente imposible, sino que se intenta compensar a través de la distribución de los riesgos de la actividad respecto a sus participantes. Aquella es la justificación elemental que, a nuestro juicio, la doctrina del resarcimiento de las oportunidades perdidas busca cautelar. Lo que dista de ambas concepciones es el método a través del cual se configura el resarcimiento, ya sea preguntándose por el valor que supone la oportunidad en sí misma o a través del porcentaje de participación del agente en el daño final, como veremos más adelante.⁴⁵

1.4 El problema de la certidumbre.

El término “certeza”, aparece en la discusión dentro de dos ámbitos principales: el de la causalidad y el de los daños. Dentro del segundo, la discusión tradicional se ha enmarcado respecto a la certidumbre de los daños, mientras que, en la primera, respecto de la incertidumbre de la conexión entre hecho y daño.⁴⁶ En la versión más literal de la palabra, la certeza impondría un límite a la atribución de la responsabilidad, pues diferenciaría, en cada caso, la existencia de un nexo causal entre hecho y daño o la distinción entre un daño efectivo o meramente eventual. En este sentido, la discusión respecto de la certeza o eventualidad es donde la causalidad tiene más paralelos con la discusión que se da en sede de daños.

La exigencia de la certidumbre en sede de daños se utilizó para excluir la reparación de daños hipotéticos, en particular respecto a daños futuros. En la doctrina chilena se tendía a considerar que la pérdida de la oportunidad era simplemente constitutiva de un daño eventual, justificando

⁴⁴ San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 336.

⁴⁵ Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 167.

⁴⁶ Ríos y Silva, 166.

así la exclusión de su reparación en virtud de la certidumbre. En este sentido, Arturo Alessandri sostuvo que se trataba de una simple expectativa por no gozar de la suficiente certeza.⁴⁷

Pero ¿A qué es lo que el sistema se refiere cuando exige una relación “cierta” para la configuración del vínculo causal?

“Durante largo tiempo se exigió que el daño sea corolario ineluctable, directo y único de la conducta del sujeto endilgado responsable. (...) Como consecuencia de ello, en todos los casos en que no se logre probar fehacientemente ‘el cómo y por qué’ del perjuicio sufrido, esto es, mientras no surja con palmaria claridad la relación de causalidad entre la conducta del accionado y el daño reclamado por el pretensor, el reclamo indemnizatorio debe ser rechazado.”⁴⁸ Cuando la doctrina establece un requisito de certeza absoluta para acreditar la relación causal, está solicitando un parámetro inalcanzable. En muchos sentidos, la discusión respecto a si podemos establecer un juicio de certidumbre que establezca una relación causa-efecto es un dilema que escapa de los límites del análisis jurídico, siendo un tópico arduo a nivel epistemológico y ontológico.⁴⁹ Por lo tanto, resulta evidente que, para intentar comprender la lógica del sistema de responsabilidad civil, éste debe ser entendido necesariamente como una posición que toma partido por alguna concepción epistémica de la certeza.⁵⁰ En este sentido, aspirar a la certidumbre absoluta implica sostener que tenemos la capacidad de contrastar eficazmente la realidad con el enunciado que intentamos demostrar.⁵¹

En este sentido, nuestro sistema de imputación causal es binario, en la medida en que responde a una lógica que admite únicamente dos valores de verdad.⁵² El nexos causal se afirma o niega en la medida en que se logra superar un estándar de certidumbre (de haberlo) o a través de normas de sana crítica. Los resultados que se admiten, por tanto, son dos: una causalidad establecida, en donde se indemniza la totalidad del daño como si nos encontráramos bajo un vínculo absoluto, o una causalidad inexistente, que niega el acceso a la indemnización.⁵³

⁴⁷ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 248-50.

⁴⁸ Prevot, «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil», 151.

⁴⁹ Prevot, 146.

⁵⁰ Munita M, «Recursos comparados relativos a la determinación del vínculo causal», 211.

⁵¹ Medina Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 27.

⁵² Medina Medina Alcoz, 45.

⁵³ Medina Medina Alcoz, 44.

Pareciera que nuestro ordenamiento trata de darle una solución maniquea a un asunto que, por su propia naturaleza, no es binario. De esta manera, en su lectura más dura, el requisito de certeza simplemente impondría un estándar blanco y negro que rechazaría la reparación si no existe suficiente certidumbre, considerando todo daño como eventual si no cumple con el estándar o, por el contrario, si estima que existe, entonces consideraría indemnizable el daño, como si existiera certidumbre absoluta. De la misma manera, en sede de causalidad, el vínculo causal de un determinado hecho dañoso sería rechazado o aceptado a plenitud dependiendo de si logra establecerse un criterio de certidumbre que opera sin matices, dentro de una situación fáctica que admite únicamente una respuesta parcial.

Es muy difícil aseverar que se tiene certeza absoluta sobre cualquier hecho de la naturaleza. “Los sistemas jurídicos se basan sobre la premisa de que, como seres humanos, podemos conocer el mundo real, por lo que cuando se realiza un juicio para el establecimiento de un nexo de causalidad, se está exigiendo el descubrimiento de si aquello se ha verificado en la realidad objetiva.”⁵⁴ Una respuesta temprana a esta problemática sería reconocer y no obviar la incertidumbre que rodea el razonamiento causal en materia de causalidad natural, al momento de tener que formar un juicio de atribución de responsabilidad civil en el marco de la pérdida de la oportunidad. La reticencia del derecho a actualizar su perspectiva puede ir contrario a las finalidades que la existencia de un sistema de responsabilidad civil debe cautelar.

La regla general, por lo tanto, es la incapacidad de formarnos una convicción certera respecto a la causalidad. Aquella incapacidad se verifica en el ámbito de las ciencias exactas y más aún en las sociales. Lo mismo ocurre con el juicio abstracto que debe realizarse respecto de la causalidad entre un hecho y sus consecuencias en el ámbito jurídico. Sin embargo, las normas y el desarrollo que les hemos dado actúan bajo el supuesto de que esa convicción es alcanzable. Respecto a ello, solo hay una posible respuesta: Independiente de si se cree que se está alcanzando un grado de convicción absoluto, siempre se estará actuando bajo una presunción. En otras palabras, el problema no es tanto respecto de la “certidumbre” sino de la “aceptabilidad” de una suposición que, por naturaleza, es inevitablemente falible.⁵⁵

⁵⁴ Medina Alcoz, 27.

⁵⁵ Medina Alcoz, 59.

En efecto, la versión radical de esta posición se contrasta con la realidad, pues de aplicarse su rigor, entonces la mayoría de los juicios de responsabilidad civil extracontractual estarían destinados al fracaso, ya que el estándar impuesto sería simplemente irrealizable.⁵⁶ ¿Por qué? Porque nunca poseemos un conocimiento completo, que tome en cuenta todos los factores que puedan resultar causalmente relevantes para producir un efecto.⁵⁷ Aquello se da, por ejemplo, en los casos en que existen ciertas condiciones preexistentes que pueden influir en la sucesión causal, o cuando existen posibles causas concurrentes que lo alteren.⁵⁸

En la práctica, los sistemas de responsabilidad civil han optado por dos tipos de soluciones: La primera, como es el caso de los países del *common law*, particularmente de Estados Unidos e Inglaterra, es la adopción de estándares probatorios que diriman cuándo la judicatura debe considerar como suficientemente probable una proposición, de ahí la existencia del criterio “*more probable than not*”, que exige la acreditación de un cincuenta por ciento de probabilidades más uno para dar por establecido el vínculo causal. Por otro lado, sistemas de *civil law*, en particular en nuestro caso, han optado por dejar el criterio en base a la convicción que se haya logrado formar en el juez, recurriendo a los mecanismos propios de la lógica inductiva o las máximas de la experiencia. El criterio de convicción del juez, entonces, implica no una certeza absoluta, sino que una razonable aproximación a la realidad objetiva que se desprende de la acreditación del vínculo de causalidad natural. Este criterio se ha denominado como “probabilidad significativa” o “regla de alta probabilidad”, que supone una exigencia mayor que los sistemas anglosajones, conceptualizado por algunos autores dentro del umbral de un ochenta por ciento, o derechamente de un cien por ciento en ciertos casos.⁵⁹

Este problema, por cierto, se vincula con otra institución tremendamente importante en materia de acreditación del nexo causal: La doctrina de la equivalencia de las condiciones. Según Lilian San Martín, “la causalidad material (o natural) viene dada por la posibilidad de conectar en el plano fáctico el daño sufrido por la víctima con el hecho del agente”. Para efectos de la pérdida

⁵⁶ Prevot, «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil», 154.

⁵⁷ Bárcena, «La causalidad en el derecho de daños», 47.

⁵⁸ King, «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences», 1362-65.

⁵⁹ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 26-29; Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 171.

de la oportunidad, la dificultad con la que se encuentra el sistema, al igual que el principio de la causalidad necesaria es el siguiente:

“A pesar de tratarse de un requisito empírico por naturaleza, la causalidad natural está construida sobre una base meramente hipotética: ¿qué habría pasado si el demandado no hubiese incurrido en el hecho negligente?”⁶⁰

Al abstraerlo a un punto de vista lógico, tendemos a llegar hacia el fundamento de uno de los requisitos de la doctrina, esto es, que la relación causal revista la característica de ser necesaria. En este sentido, p es una condición necesaria de q si la presencia de q exige o supone la presencia de p .⁶¹ Dicho de otro modo, esto implica que el criterio se satisface cuando “una conexión causal existe entre una condición y una consecuencia siempre que, de no ser por la condición, la consecuencia no habría ocurrido en las mismas circunstancias.”⁶² En este sentido, un hecho acaecido por acción u omisión de un agente es causa de un daño, cuando puede comprobarse, mediante un ejercicio de supresión mental, de que la ausencia del hecho habría implicado también la ausencia del daño.⁶³ Por lo tanto, haciendo referencia al ejemplo anteriormente dado, si al cumplirse la condición de no haber ignorado la luz roja del semáforo, se habría evitado la consecuencia dañosa que implicó la destrucción del automóvil que circulaba perpendicularmente por la intersección, entonces podemos concluir que lo primero está en una relación causal necesaria con lo segundo.

El problema de vinculación de la causalidad en casos de elevada incertidumbre causal es que la aplicación de la doctrina de la equivalencia es un ejercicio nimio, destinado a fracasar. Esto, pues la interrogante que debe sostenerse es inevitablemente contrafactual por naturaleza: implica ponerse en la situación hipotética del agente si no hubiera mediado su actuar, en circunstancias en que hechos externos hacen imposible conocer la causa del daño, ya sea porque existe un hecho aleatorio, múltiples causas posibles, o una condición preexistente. En este sentido, la aplicación de esta doctrina nos dejaría en la misma situación de incerteza, puesto que sería una premisa imposible de satisfacer en casos en que la supresión de la condición no

⁶⁰ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 378.

⁶¹ Bárcena, «La causalidad en el derecho de daños», 90.

⁶² Honoré, «Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual», 1074.

⁶³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 376.

implique necesariamente que el daño desaparecería.⁶⁴ ¿Existiría nexo causal en ese caso? No podemos comprobarlo, al menos empíricamente. ¿Podemos configurar la responsabilidad civil incluso en situaciones en que el vínculo causal es serio, mas no absoluto? De aquello nos ocuparemos más adelante.

⁶⁴ San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 334.

2. La doctrina de la pérdida de la oportunidad

2.1 Origen de la doctrina en el derecho comparado.

La doctrina de la pérdida de la oportunidad tiene un origen paralelo en los países de la tradición del *Common Law*.⁶⁵ Estados Unidos y Reino Unido no comienza a desarrollar criterios de similar fundamento sino hasta entrado el siglo XX.^{66 67}

Lo primero que hay que aclarar es que, dentro de todos los países que dieron origen a esta doctrina, la discusión siempre ha sido una construcción jurisprudencial.⁶⁸ En este sentido, dentro del Reino Unido, la utilización de esta figura se remonta al caso *Chaplin v. Hicks* en 1911, donde se estableció el resarcimiento a la demandante, puesto que no se le avisó de la fecha de realización de un concurso de belleza.^{69 70} De forma paralela se desarrolla en Francia, cuando en 1932, cuando se le indemniza la pérdida de la oportunidad a una pareja por la actuación negligente de un notario que les impide cerrar un negocio. La adopción y sistematización por parte de la doctrina, entonces, es posterior a su introducción en las Cortes de estos países.⁷¹ Otro detalle curioso a destacar, es que, a pesar de haberse utilizado modernamente en casos propios de la responsabilidad médica, ninguno de estos casos originarios se refirió particularmente a esta área.⁷²

“La forma de entender a la pérdida de la oportunidad en los distintos sistemas jurídicos es diversa, por cuanto existen básicamente dos líneas de inteligencia de la figura. (...) Por una

⁶⁵ Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 169-73.

⁶⁶ Ríos y Silva, 85-89.

⁶⁷ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 235.

⁶⁸ Felipe Oyarzún, «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 43 (16 de septiembre de 2021): 121, <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.005>.

⁶⁹ David Fischer, «Tort Recovery for Loss of a Chance», *Faculty Publications*, 1 de octubre de 2001, 608, <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/181>.

⁷⁰ Cabe destacar que la línea jurisprudencial actual que han adoptado los tribunales ingleses es negar la indemnización por la pérdida de la oportunidad de sanar.

⁷¹ Oyarzún, «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español», 122.

⁷² Luis Medina Alcoz, «La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha: reflexiones críticas», *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, n.º 47 (2009): 116.

parte, se considera que la pérdida de la oportunidad constituye un daño para quien la experimenta, que consiste en la desaparición de esa oportunidad. (...) Desde otro punto de vista se considera que la pérdida de la oportunidad en realidad no es un daño en sí mismo, sino que se trata de una situación de daño en la que va envuelto un problema de relación de causalidad⁷³”. En este sentido, la concepción dominante que ha sido adoptada y desarrollada en la jurisprudencia chilena se asemeja más a la tradición francesa o continental. Esta doctrina aborda la pérdida de la oportunidad⁷⁴ desde el punto de vista del daño, intentando contestar la pregunta: ¿Es la oportunidad perdida un daño indemnizable o cierto?⁷⁵ En este sentido ambas concepciones tienen que superar un problema de incertidumbre, en este caso, la certeza como requisito para configurar un daño resarcible. Se trata de una “creación jurisprudencial que sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra cosa que, en la pérdida de una oportunidad de curación, de manera que del estudio de la casuística jurisprudencial se puede concluir que sería suficiente la existencia de una leve posibilidad de que la intervención médica hubiera podido evitar el daño para que nazca el derecho a reclamar una indemnización”.⁷⁶

Respecto a las diferencias características que han merecido un desarrollo paralelo en sistemas tan radicalmente distintos, podemos afirmar que, como habíamos señalado, en el *tort law* estadounidense, se ha configurado la doctrina en oposición a la prevalencia de los estándares de prueba, los cuales ya de por sí implican un razonamiento en términos de probabilidades del vínculo causal.⁷⁷ Esta regla se concibe como el estándar “*more likely than not*”, el cual establece que, de poder un demandante comprobar un vínculo causal con probabilidades de ocurrencia que superen el cincuenta por ciento, entonces el vínculo causal se considera acreditado y el daño

⁷³ Barría, Rodrigo. La Pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto. 237-239.

⁷⁴ Respecto al uso del vocablo “chance” y “oportunidad”, cabe destacar la distinción hecha por el profesor Ríos y el profesor Silva, según la cual existiría una relación de género-especie entre ambos vocablos. En este sentido, suscribimos a lo señalado por los profesores. Esta distinción puede encontrarse en Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 25-45.

⁷⁵ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 236-37.

⁷⁶ Medina Alcoz, «La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», 115.

⁷⁷ Respecto a este concepto, en la doctrina abundan las definiciones y, aún más, las traducciones. Esto, pues el desarrollo de la doctrina en países hispanohablantes debe conciliar, según la legislación que se consulte, fuentes anglosajonas como francesas. Para estos efectos, entiéndase estándares de prueba como símil de otras acepciones como “balanza de probabilidades”, “umbral de probabilidades”, etcétera.

se indemniza en su totalidad, presumiendo una relación causal cierta entre éste y la acción. A *contrario sensu*, si no se logra generar convicción bajo el estándar del cincuenta por ciento, entonces la indemnización es rechazada en su totalidad.⁷⁸ Este sistema es un ejemplo de un mecanismo binario de atribución, lo único que cambia el porcentaje de participación que el demandante debe probar para que se repute el vínculo como cierto.

La pérdida de la oportunidad dentro de estos sistemas, por lo tanto, se ha configurado como una respuesta a la situación de incertidumbre fáctica que se da en materia de causalidad, intentando dar una solución a la dificultad de prueba asociada a las doctrinas tradicionales de atribución causal. En este sentido, la propuesta busca “tratar lo que se ha considerado anteriormente una problemática probatoria como una problemática fáctica. Tradicionalmente, se le ha exigido a quien debe probar que determine a través del peso de la evidencia si existe una relación de causalidad; bajo esta nueva regla se le exige determinar qué significa el peso de la evidencia frente a la existencia del nexo causal”.⁷⁹ Por lo demás, esto implica que, dentro de la variante anglosajona, el daño que se resarce es el daño final, es decir, por el perjuicio sufrido o la ventaja efectivamente frustrada como consecuencia del hecho culpable.⁸⁰ Esto, contrario a la tradición francesa, que considera a la oportunidad como una especie de daño intermedio, como daño autónomo, o como un daño en sí mismo.

Esto debe entenderse en el marco de que el *tort law* ha sistematizado un mecanismo de atribución del vínculo causal que reconoce algunos de estos problemas. Aquel sistema opera a través de la configuración de un estándar probatorio que se abstrae en la regla cincuenta más uno o *more likely than not*, mediante la cual, si se logra probar el vínculo causal con más de un cincuenta por ciento de probabilidad de ocurrencia, entonces se otorga una reparación completa, como si se tuviera una certeza absoluta.⁸¹ ⁸² De la misma manera, si el *tortfeasor* no logra probar

⁷⁸ Jorge Larroucau, «Hacia un estándar de prueba civil», *Revista chilena de derecho* 39, n.º 3 (diciembre de 2012): 783-86, <https://doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>.

⁷⁹ Makdisi, «Proportional Liability», 1065.

⁸⁰ Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 168.

⁸¹ Existen ciertas posiciones críticas en la doctrina estadounidense, como el profesor Fischer, que sostiene que el estándar *more likely than not* es simplemente una abstracción realizada con fines netamente teóricos, pues en la práctica, el sistema opera con un mecanismo de convicción del jurado, el que muchas veces desecha o da por probado el vínculo causal ignorando el estándar vigente. Con todo, la crítica pareciera atender más a las deficiencias intrínsecas del sistema de jurado que al desarrollo de estándares de prueba.

⁸² Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 179-81.

un cincuenta por ciento de probabilidad de causalidad, entonces el sistema desecha la proposición y no reconoce la relación de causalidad.⁸³

Una regla de responsabilidad proporcional opera de otro modo. Los casos de responsabilidad médica derivados de un mal diagnóstico de una enfermedad podrían ser resueltos a través de la pérdida de la oportunidad bajo una modalidad de causalidad probabilística. La hipótesis es que, si el médico erra en diagnosticar a tiempo una enfermedad curable, se genera la pérdida de la oportunidad de sanación u oportunidad de curación. Bajo la regla de la preponderancia de la evidencia o “todo o nada”, si la oportunidad no logra probarse en más de un cincuenta por ciento, entonces no quedaría acreditado el nexo causal y la pretensión de reparación sería rechazada. Bajo la mirada de la responsabilidad proporcional, incluso aunque no se lograra acreditar el estándar probatorio de manera satisfactoria, el demandante aun así obtendría una reparación multiplicada por la probabilidad de que el médico fuera el causante del daño, o del grado de participación que puede imputársele a su acción.⁸⁴

De igual manera, dentro de la misma doctrina, existen otras posturas que pueden catalogarse de radicales y moderadas, pero que no se refieren ahora al mecanismo mismo de reparación dentro del umbral de probabilidades, sino de la extensión que ha de dársele al principio de causalidad proporcional dentro del sistema de responsabilidad civil.⁸⁵ Esto es, si este razonamiento de reparación a través de probabilidades debe ceñirse a ciertas áreas que, por mérito propio de su oscuridad fáctica, dejan a las víctimas de daños en una incertidumbre que hace dificultosa la prueba de la causalidad natural, como lo es la responsabilidad médica, los desastres naturales, la emisión de desechos tóxicos o las cuotas de mercado, o si, por el contrario, debe extenderse hacia un principio de causalidad general, aplicándose a lo largo y ancho de toda la responsabilidad civil.⁸⁶

La primera dificultad que podría encontrar la aplicación de esta doctrina en Chile viene a través de la postura radical de la responsabilidad proporcional a sus mecanismos internos de valoración probatoria. El profesor Tapia señala que el mecanismo no debe volverse un recurso de rebaja de

⁸³ Ríos y Silva, 165.

⁸⁴ Fischer, «Tort Recovery for Loss of a Chance», 606.

⁸⁵ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 146-49.

⁸⁶ Medina Alcoz, 143-45.

los estándares probatorios ante la insuficiencia de prueba. De ser así, se estaría perjudicando al demandado por motivos de indecisión de los jueces.⁸⁷ En este sentido, la doctrina de la responsabilidad proporcional, expresada en su variante dura o radical, es difícil de sostener, pues llevaría a situaciones límite que resultan del todo injustas desde una perspectiva retributiva e implausibles en términos de economía procesal.⁸⁸ Esto es, en los casos en que las probabilidades puedan ser acotadas muy cercanas a la certeza absoluta, entiéndase un 98% o 99% de probabilidades, o de tan baja oportunidad que devienen en eventuales o poco serias, como de un 1% o 2% por ciento.⁸⁹

2.2 Desarrollo en Chile

Tradicionalmente, este tipo de doctrina no había llegado a buen puerto en la jurisprudencia, puesto que se atendían a las reglas generales señaladas en la regulación ya mencionada, además de recurrir a la opinión de Arturo Alessandri, quien se negaba a la procedencia de la doctrina por considerar que el daño indemnizado era eventual y no cierto.⁹⁰ De esta manera, en caso de que se diera un caso de incertidumbre causal y el actor no pudiese generar la suficiente certeza como para entender configurado el vínculo, las acciones tendían a ser rechazadas. La regla general implicaba que los tribunales calificaban a las premisas de pérdida de la oportunidad como daños eventuales o los analizaban como lucro cesante imperfecto con una baja probabilidad de ocurrencia.⁹¹

La jurisprudencia nacional, en desarrollos relativamente recientes, se ha limitado a referirse a la “tradicción continental” de la pérdida de la oportunidad, es decir, a aquellas que se enfocan en el análisis de la certeza del daño como una condición o requisito para que aquel sea indemnizable.⁹²

⁸⁷ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 243-44.

⁸⁸ Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 178-79.

⁸⁹ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 53; Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 175-77.

⁹⁰ Arturo Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, 1.ª ed. (Editorial Jurídica de Chile, 2005), 281.

⁹¹ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 243; Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 175.

⁹² Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 167.

Podemos afirmar que se trata de la doctrina mayoritaria. Podríamos atribuir, de manera hipotética, su popularidad por la cercanía que conlleva su desarrollo en un sistema jurídico continental o de *civil law*, en oposición a la tradición concebida dentro del *common law*.

En este mismo sentido, la concepción de la doctrina que se avoca en el análisis de la relación causal entre el hecho acaecido y el daño no ha sido desarrollada de la misma manera o ha sido derechamente rechazada, pues se asume que es una herramienta desproporcionada del juez de rebaja del estándar de prueba en casos en que no puede acreditarse un vínculo causal natural.⁹³ Una posición minoritaria es representada por el profesor Barros, quien considera efectivamente que la pérdida de la oportunidad es un problema de causalidad, pero que la concilia bajo un criterio de incremento del riesgo.⁹⁴ Cabe destacar que, en ambos casos, el problema configurado es el mismo: la incertidumbre. Ya sea que se trate del análisis de la certidumbre del daño de la oportunidad perdida, o de la certidumbre de nexo causal.

“En todos estos casos, y en lo que dice relación con la determinación del daño, lo relevante no es tanto el resultado final, sino la oportunidad perdida. El daño indemnizable no es la muerte, perder el concurso, no poder ganar el proceso o cobrar la deuda, sino que es la destrucción de la oportunidad de salvar la vida, de obtener sentencia favorable o de poder cobrar la deuda.”⁹⁵ En el sentido que plantea el profesor Tapia, lo relevante de la pérdida de oportunidades es el establecimiento de criterios que permitan establecer la naturaleza que debe revestir la oportunidad perdida para constituirse como un daño indemnizable.

2.3 La pérdida de la oportunidad bajo un supuesto de incertidumbre causal

Como adelantábamos antes, la incertidumbre causal se produce cuando nos encontramos en casos límites de juicios en materia de causalidad, pues la realización de las pruebas tradicionales de verificación de nexo causal, llámase *test but for*, *conditio sin equa non* o equivalencia de las

⁹³ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 236-42.

⁹⁴ Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 189; Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 378-83.

⁹⁵ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 241.

condiciones, nos llevan necesariamente a tener que probar una premisa contrafactual. ¿Qué habría pasado de no mediar la acción del agente que supuestamente causó el daño?⁹⁶

Por ejemplo, es el caso que se da en la situación de la pérdida de la oportunidad de sanar, a raíz de tratamientos erróneos, diagnósticos equivocados y demás negligencias médicas. Puede que el enfermo hubiese tenido una probabilidad mayor de sobrevivir de haber sido tratado oportunamente, pero no puede descartarse que el deceso hubiera ocurrido independiente de ello. De la misma forma, no es posible señalar con absoluta certeza que fue el diagnóstico erróneo la causa principal que tuvo resultado en la muerte, tratándose, por ejemplo, de una enfermedad con una muy baja probabilidad de sobrevida.⁹⁷ Para ser más precisos, lo que se da es un caso de causalidad concurrente, donde “*tanto las predisposiciones del paciente como la falta del médico, inciden en la producción del resultado final nocivo.*”⁹⁸

Otro ejemplo de incerteza causal en donde la pérdida de la oportunidad opera como solución se puede encontrar en los juicios de responsabilidad por desastres naturales. En estos casos particulares, el nexo causal debe ponderarse junto a las hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito, conocidos en la doctrina anglosajona como *act of god* o “acto de Dios”, que se deriva evidentemente del acaecimiento de un fenómeno catastrófico fuera del alcance de cualquier autoridad administrativa.⁹⁹ En ese sentido, solo se da lugar a la responsabilidad en la medida en que se pueda probar que la causa determinante del daño fue el hecho humano y no el desastre natural. Esto supone que hay que probar el vínculo de causalidad natural por medio de la doctrina de la equivalencia de condiciones, lo que nos lleva al contra fáctico, pues implica reemplazar una situación ya acontecida con una ideal.¹⁰⁰ En este sentido, la prueba de la causalidad se vuelve un mero ejercicio especulativo, del cual no podría, tradicionalmente acreditarse un vínculo causal necesario y directo.¹⁰¹

⁹⁶ San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 334-36.

⁹⁷ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 379.

⁹⁸ Prevot, «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil», 155.

⁹⁹ Lilian San Martín, «Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que presenta esta categoría de hechos dañinos», *Revista de derecho (Valdivia)* 32, n.º 2 (2019): 128-29, <https://doi.org/10.4067/S0718-09502019000200123>.

¹⁰⁰ San Martín, 125-28.

¹⁰¹ San Martín, 125-28.

Para ser enfáticos, la incerteza causal, dentro de un supuesto de pérdida de las oportunidades, se da cuando, por un lado, nos es imposible retrotraernos y asegurar fidedignamente que el agente fue quien produjo la consecuencia dañosa. Aquello se muestra como un problema que es tanto probatorio, en el sentido de la dificultad de aportar la suficiente prueba para configurar el nexo causal, como epistemológico, como veremos en la siguiente sección.¹⁰² En segundo lugar, cuando la conclusión que sacamos al encontrarnos en esa situación de incerteza es que a lo mejor que podemos optar es a establecer una probabilidad, expresada en porcentaje, de la participación del agente en el daño.¹⁰³ Al realizar ese juicio, lo que estamos diciendo es que el ordenamiento jurídico debe reconocer la imposibilidad de superación del problema y adoptar una postura epistemológica que permita compensar las situaciones de indefensión que se generan si lo ignoramos.

En este sentido, la acreditación del nexo causal se vuelve imposible cuando se incluyen bienes aleatorios a los que pretendía acceder y el agente del daño destruyó el potencial de oportunidades con su acción u omisión negligente (Mal diagnosticar, proporcionar un tratamiento erróneo u omitir la emisión de una alarma de tsunami cuando era procedente, siguiendo los ejemplos anteriormente presentados).¹⁰⁴ En este sentido, la víctima perfectamente podría haber sufrido el daño de no mediar la intervención del agente, no puede probarse con rigor lo uno ni lo otro, por lo cual solo puede establecerse un juicio probabilístico respecto al aporte o porcentaje de participación del agente en el acaecimiento del daño final¹⁰⁵, o bien, considerar la oportunidad como un daño en sí mismo.¹⁰⁶ Ambas posibilidades son las diferentes “tradiciones” a través de las cuales se ha desarrollado la doctrina de la pérdida de la oportunidad.¹⁰⁷ De tal manera, se configura el problema de incertidumbre causal, que se manifiesta a partir de un déficit de hecho que hace imposible la reconstrucción de los hechos para formar convicción respecto a la posible vinculación causal.¹⁰⁸

¹⁰² San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 348-49.

¹⁰³ Corte Suprema, Causa n°7108-2017, 24.04.2019, c. 10-11.

¹⁰⁴ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 235.

¹⁰⁵ Corte Suprema, Causa n°62104-2016, 6.11.2017, c. 9

¹⁰⁶ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 236.

¹⁰⁷ Para una explicación detallada, véase sección 2.1 “Origen de la doctrina en derecho comparado”,

¹⁰⁸ San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 350.

Finalmente, cabe enfatizar que este punto es central para comprender la pérdida de la oportunidad desde una perspectiva causal. El enfoque se justifica cuando se acepta que el problema basal que se intenta compensar mediante esta doctrina es, precisamente, una situación específica de incerteza causal en que exista simplemente una probabilidad determinada por un bien aleatorio que hace imposible verificar bajo los estándares normales la acreditación del nexo causal. Tanto esta práctica, como la doctrina que le concede valor a la oportunidad en sí misma, sostenemos, son formas de ignorar el fondo del problema, el cual se enraíza en la causa, y no en sede de daños.

2.4 Deficiencias probatorias y epistémicas respecto al vínculo causal en la pérdida de la oportunidad

En los casos de elevada incertidumbre causal, siguiendo a Lilian San Martín, los litigantes que buscan probar el nexo causal no solo deben superar la dificultad probatoria que implica el *conditio sin equa non*, sino que además deben enfrentarse a la situación de que es imposible eliminar la incertidumbre fáctica del caso, generándose no solo un déficit probatorio, sino un déficit epistémico.¹⁰⁹ Aquel sirvió para que, antes de la aceptación general de pérdida de la oportunidad, los jueces exigieran una prueba específica de causalidad material para rechazar las demandas que exigieran este tipo de resarcimiento.¹¹⁰

Al respecto, los casos de responsabilidad médica son el área de práctica que, por excelencia, ha cultivado la doctrina de la pérdida de la oportunidad.¹¹¹ Esto se debe a que la mayoría de los procedimientos, por más nimios que parezcan, acarrear consigo una cuota de riesgo. Por ejemplo, para establecer la responsabilidad médica, generalmente lo que se solicita es prueba de la existencia de una negligencia médica que le privó al paciente de la oportunidad de sanarse.¹¹² Antes de la aparición de la doctrina de la pérdida de oportunidad, este tipo de casos eran rechazados, pues no podía probarse a través de los estándares de convicción exigidos por la

¹⁰⁹ San Martín y Larrocau, 350.

¹¹⁰ San Martín y Larrocau, 334-36.

¹¹¹ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 260.

¹¹² Tapia, 261.

legislatura una relación causal exacta de la muerte, la cual dependía de otros factores ajenos al propio actuar del médico. “El practicante probablemente intentará evadir su responsabilidad sosteniendo que no puede probarse que él causó el daño o la muerte, pues el paciente podría haber muerto de cualquier manera. Si esta defensa es exitosa, la víctima (o su familia) se quedan sin compensación alguna, incluso si la negligencia ha quedado demostrada”.¹¹³

Para sortear estos problemas, la dogmática civil ha elaborado criterios que en buena medida han producido un acercamiento entre la llamada causalidad natural y la causalidad jurídica, pues se trata de criterios que lidian con la incerteza causal en el plano normativo. Esta situación es reconocida por la doctrina, al punto que se ha llegado a hablar de “la juridización de la causalidad material, aludiendo al hecho de que ya no se busca la comprobación del nexo causal en un sentido natural (o científico) sino que dicho nexo se establece mediante criterios jurídicos, que permiten una repartición de los riesgos de una determinada actividad entre las partes involucradas”¹¹⁴

En este sentido, el problema de la incertidumbre tiene dos facetas: la primera, definida como la dificultad epistémica explicada, además de su consecuencia: la dificultad de establecerse en un juicio determinado por la falta de prueba al respecto.¹¹⁵ Esto implica que, necesariamente, las soluciones que se otorguen provengan desde la normatividad, haciéndose cargo del reparto del riesgo de error entre demandante y demandado, en nuestro caso, a través de un criterio de responsabilidad proporcional.

Este punto resulta clave para entender la pérdida de la oportunidad desde la perspectiva de la causalidad. La discusión de si la doctrina debiera operar considerando a la oportunidad perdida como un daño en sí mismo se vuelve una forma de “evadir” un reconocimiento de parcialización de la causalidad o directamente de la responsabilidad proporcional, en la medida en que lo que se está intentando enmendar, independientemente de la corriente que se siga, es la imposibilidad

¹¹³ Quinten De Raedt, «Loss of a Chance in Medical Malpractice: A Double Application», *Journal of European Tort Law* 4, n.º 3 (1 de noviembre de 2013): 314-16, <https://doi.org/10.1515/jetl-2013-0021>. La traducción es nuestra.

¹¹⁴ San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 336.

¹¹⁵ San Martín y Larrocau, 334; Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 35.

de comprobar el nexo causal en el ámbito de la causalidad natural.¹¹⁶ En este sentido, el origen de la incerteza que se intenta remediar viene de la mano del déficit epistémico inherente a los casos, no respecto a nuestra concepción de los daños indemnizables. Sostener lo segundo implicaría desconocer o evadir la deficiencia intrínseca que caracteriza el problema, en la medida en que no es posible establecer si el daño invocado se habría producido igualmente en ausencia de la acción, lo que es igual que decir que no se puede establecer la causa específica del daño.¹¹⁷

El problema, bajo supuestos operativos de oportunidades perdidas, no solo responde a dificultades de acreditación de la prueba, sino que a problemas de la causalidad natural.¹¹⁸ Las soluciones, por tanto, no pueden provenir únicamente de una o de otra. Vendrán de la mano del establecimiento de presunciones, estándares probatorios; o bien, de la doctrina de la pérdida de la oportunidad.¹¹⁹ Estas últimas podrán intentar evadir el supuesto de incerteza causal aludiendo a argumentos propios de la certidumbre del daño, o derechamente reconocer la parcialización del vínculo causal bajo un supuesto probabilístico.¹²⁰ Esta es la discusión que se abordará en la siguiente parte de la investigación.

¹¹⁶ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 89.

¹¹⁷ San Martín y Larrocau, «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil», 350-55.

¹¹⁸ San Martín y Larrocau, 336.

¹¹⁹ San Martín y Larrocau, 335.

¹²⁰ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 94.

3. La pérdida de la oportunidad como figura de causalidad probabilística

3.1 La pérdida de la oportunidad como mera rebaja del estándar de prueba

Antes de adentrarse a la discusión teórica respecto a si la pérdida de la oportunidad es un reconocimiento de la responsabilidad proporcional o un daño intermedio indemnizable, es menester encuadrar la discusión mediante una conceptualización de la responsabilidad proporcional. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de un mecanismo de responsabilidad proporcional? ¿A qué nos estamos refiriendo cuando sostenemos que la pérdida de la oportunidad es una forma de responsabilidad proporcional?

Ya se adelantaba la discusión cuando se hacía referencia al elemento de la “certidumbre” exigida por la doctrina para la determinación del vínculo causal.¹²¹ Descartada la posición extrema en que el ordenamiento exige una certeza absoluta para poder dar lugar a una reparación por un daño sufrido, en la medida en que aquello es un supuesto imposible, lo máximo a lo que podemos optar para establecer un juicio de atribución es a una probabilidad de que la acción del agente haya devenido en la consecuencia dañosa.¹²² Esa es la realidad frente a la cual se formula el razonamiento de proporcionar la responsabilidad a la cuota de participación del sujeto en el daño final. Si aceptamos que el principio epistémico admite probabilidades y no certezas absolutas, queda entonces patente una segunda pregunta: Si el término certeza no se plantea en términos absolutos, sino que tiene la finalidad de diferenciar razonablemente entre proposiciones para configurar la responsabilidad, ¿Cuál es el criterio a través del cual se estima o desecha un determinado vínculo causal? ¿Cuál es el porcentaje de atribución necesario para el otorgamiento de una indemnización? ¿cincuenta por ciento más uno, ochenta más uno, veinticinco más uno? ¿Es posible siquiera abstraer un criterio desde un ámbito tan esencialmente

¹²¹ Para mayor referencia, véase, en esta misma investigación, la sección 1.4, que aborda precisamente el problema que acarrea la certidumbre no solo en materia de establecimiento del nexo causal, sino también respecto a la certidumbre del daño.

¹²² Corte Suprema, Causa n°2456-2018, 14.8.2019 c. 15-16

líquido como lo es la causalidad? El tema que compete a estas preguntas es el de los estándares de prueba o estándares probatorios.

Sin embargo, incluso previa a la discusión que se anticipa respecto a la conveniencia de un sistema de estándares probatorios de todo o nada o la adopción de un criterio de responsabilidad proporcional, existe una dificultad añadida cuando se trata del ordenamiento nacional, pues no existe un estándar probatorio definido en materia civil como si existe en la judicatura estadounidense.¹²³ En este sentido, podemos esbozar una dificultad previa a la aplicación de la doctrina como una forma de parcializar la indemnización: no tenemos un ordenamiento que en sus bases doctrinarias y legales reconozca la naturaleza probabilística de los juicios causales, de manera que no podemos desprender un umbral de probabilidades que nos permita tener alguna certeza de cuándo debemos dar por establecido un determinado vínculo o cuando debemos desecharlo. Nuestro ordenamiento, por el contrario, funciona a través un mecanismo de convicción interna del juez, sin que podamos acceder a criterios más o menos objetivos, quedando a disposición puramente discrecional de los magistrados, aplicando la lógica inductiva y la sana crítica.¹²⁴

Algunos autores, intentando establecer algún porcentaje que permita solidificar este sistema, han sostenido que el “estándar de prueba” implícito en nuestro ordenamiento se encuentra alrededor del 80%. Es decir, para que tenga por establecido un determinado vínculo causal, habrá que generar una convicción de un 80% de probabilidades de que el hecho haya efectivamente ocasionado el daño.¹²⁵ Esto, por supuesto, teniendo en cuenta que aquella abstracción es simplemente un intento de concretizar el criterio de “convicción” de la judicatura. En este sentido, podemos afirmar que el estándar probatorio dentro del derecho continental es mucho más exigente que el del derecho común, o por lo menos el estadounidense, el cual establece el estándar “*more likely than not*”, como regla general para dar por establecida una premisa. El sistema que impera en nuestro derecho podría ser caracterizado como uno “*de alta probabilidad*”, en oposición al anglosajón, que sería de “*probabilidad preponderante*”.¹²⁶ De aceptarse aquello como cierto, entonces queda patente la realización de una primera crítica: no

¹²³ Larroucau, «Hacia un estándar de prueba civil», 789.

¹²⁴ Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 170-71.

¹²⁵ Ríos y Silva, 173.

¹²⁶ Ríos y Silva, 171-72.

existiría, en la práctica, una igual distribución de los riesgos dentro del otorgamiento de la prueba, siendo el demandante fuertemente perjudicado en casos donde no opere presunción alguna a su favor.¹²⁷

Con todo, la discusión respecto al establecimiento de un estándar probatorio en materia civil en Chile va más allá de los objetivos de este trabajo de investigación.¹²⁸ Si bien el estándar probatorio es un reconocimiento a la naturaleza probabilística de acreditación del nexo de causalidad, mejorando de manera significativa la distribución del riesgo del error entre de las partes, todavía se mueve dentro de la lógica de todo o nada, rechazando completamente la indemnización cuando no logra superarse el umbral y resarcido como si se tratara de un absoluto cuando se traspasa.¹²⁹

La pregunta que interesa, en particular respecto a la pérdida de la oportunidad, es la conveniencia de un estándar de todo o nada versus la indemnización proporcional a la participación en los daños sufridos, en caso de no poder establecer un vínculo cierto y directo. Esto puede ilustrarse mejor en casos donde el demandante falla en probar un determinado vínculo causal por uno o dos puntos porcentuales del estándar. ¿Podría sostenerse como razonable que un demandante que estableció la probabilidad de un determinado hecho le haya causado un daño en un 49%, vea su pretensión completamente rechazada, versus si logra adjudicar un único punto porcentual extra, el derecho repute como establecida la relación causal y le indemnice todos los daños?

La responsabilidad proporcional viene a servir como un mecanismo de solución de este tipo de dilemas, abandonando en casos particulares el sistema binario de “todo o nada” y adoptando un criterio que otorgue resarcimiento correspondiente a la probabilidad de participación del demandado en el daño. La pérdida de la oportunidad, entonces, bajo esta perspectiva, viene a romper el estándar binario de valoración de la prueba en materia civil, a través de reconocer la parcialización del vínculo causal en relación con el daño final y no a la oportunidad misma.¹³⁰

¹²⁷ Larroucau, «Hacia un estándar de prueba civil», 787-89.

¹²⁸ Una argumentación a favor de un desarrollo de estándar de prueba civil se puede encontrar en “Larroucau, «Hacia un estándar de prueba civil».”

¹²⁹ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 44-45.

¹³⁰ Medina Alcoz, 91.

De esta manera, nuestra proposición es que, de ser aplicada de manera coherente, la pérdida de la oportunidad se enmarca dentro de esta gran esfera de la “responsabilidad proporcional” cuyo nombre fue acuñado por la doctrina anglosajona, y que tiene como un supuesto de hecho la compensación de ciertas situaciones de incertidumbre fáctica que puedan darse en ciertos casos marginales en que la prueba de la causalidad natural sea un ejercicio imposible de superar y deje a la víctima en una situación de indefensión. Puesto de otro modo, el problema de la incertidumbre causal no pretende ser solucionado de manera completa a través de la pérdida de la oportunidad, porque existen supuestos de incertidumbre causal que no se enmarcan dentro de los criterios tradicionalmente establecidos para su procedencia (véase *market share liability*, causalidad concurrente, incremento de los riesgos, etc.), a la vez que no todos los supuestos en los que se otorga pérdida de la oportunidad pueden ser clasificados como supuestos de incertidumbre causal, en especial dentro del desarrollo de ciertas posturas dentro de la doctrina anglosajona, como veremos en detalle a continuación.

Resulta relevante realizar esta prevención, pues existe la sospecha de que la pérdida de la oportunidad se vuelva nada más que un mecanismo de rebaja de los estándares probatorios ante la falta de prueba del demandante.¹³¹ En cierto sentido, parecería que la hipótesis de la pérdida de la oportunidad es bastante amplia. Algo así ha pasado en la aplicación práctica de la doctrina. Es posible ver que el razonamiento que se da en sede de causalidad (en aquellos casos en que los tribunales efectivamente razonan en este sentido) no responde tanto a la compensación del déficit epistémico o incertidumbre causal, sino que operan simplemente como una forma de flexibilización de las reglas probatorias para el establecimiento del nexo causal.¹³²

Por lo demás, el razonamiento propio de ambas tradiciones se ve mermado por la determinación del quantum indemnizatorio otorgado, el cual, en numerosos casos, equivale no al porcentaje de participación en el daño o en la oportunidad perdida, sino que corresponde al daño completo.¹³³ Esto se dio, en particular, en el razonamiento de los tribunales en el caso del terremoto del año 2010.¹³⁴

¹³¹ Medina Alcoz, 96-97; Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 244.

¹³² Corte de Apelaciones de Concepción, Causa n°237-2020, 16.07.2021 c. 9-11

¹³³ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 258.

¹³⁴ Esto, sin perjuicio de que los tribunales chilenos han omitido el razonamiento en sede causal, optando por la tradición europea de la pérdida de la oportunidad.

En este sentido, resulta evidente que los supuestos que utilizan los tribunales para configurar la doctrina son, a lo menos, laxos o imprecisos.¹³⁵ De tal manera, la crítica formulada es que la pérdida de la oportunidad, independiente de la tradición a la cual se subscriba, no es un mecanismo de rebaja de estándares probatorios en caso de que el demandante simplemente no provea la prueba necesaria para acreditar el nexo causal. Si bien el dilema no puede explicarse sino en términos probatorios, su elemento sustancial escapa de la mera teoría de la prueba.¹³⁶

3.3 Pérdida de la oportunidad como responsabilidad proporcional: posturas moderadas y radicales

¿Por qué es relevante aclarar esta posición y qué relevancia tiene para la discusión sobre la dicotomía responsabilidad proporcional / daño indemnizable? Porque ha atribuido (en nuestra opinión de manera errónea), que la pérdida de las oportunidades, entendida bajo la tradición anglosajona, vendría a significar simplemente un acto para “suplir la falta de prueba de la causalidad”.¹³⁷ Como si la consideración de la doctrina en sede de causalidad implicara necesariamente la mala utilización de la doctrina, otorgándola simplemente como un recurso de indemnización parcial ante la falta de prueba del demandante.

Preliminarmente, podemos afirmar que, dentro de la postura radical de la responsabilidad proporcional (aquella sostenida por el profesor Makdisi), efectivamente la parcialización de la responsabilidad se torna en un principio general de prueba de la causalidad que pretende reemplazar el estándar de todo o nada.¹³⁸ Por ejemplo, en el caso particular de la oportunidad perdida, si la participación del agente en el daño logra estimarse en un 95% de probabilidades, entonces se resarcirá el daño completo multiplicado por aquel porcentaje. Lo mismo ocurre

¹³⁵ Rodrigo Barría, «La pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la corte suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami de 27 de febrero de 2010», *Revista de derecho (Concepción)* 87, n.º 245 (junio de 2019): 260-62, <https://doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100235>.

¹³⁶ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 93-99.

¹³⁷ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 244.

¹³⁸ En este sentido, la postura de John Makdisi es conceptualizada como una “manifestación general de la doctrina causal probabilística” en Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 179. Nosotros optamos considerarla como una “postura radical”, en relación al grado de disrupción que causaría a los criterios tradicionales de atribución causal.

cuando la participación se estima en un 5%. En estos casos, “la responsabilidad proporcional deja de ser una solución al problema de la incertidumbre causal, esto es, una respuesta a los supuestos dudosos que ofrecen razones tanto a favor como en contra de que la víctima habría evitado el daño de no haber intervenido el hecho ilícito.”¹³⁹ Entonces, la pérdida de la oportunidad pierde, a nuestro juicio, el supuesto de hecho base que sirve de fundamento a la doctrina.

De seguir esta línea de razonamiento, estaríamos obligando al demandado a “responder por daños que es prácticamente seguro que no ha causado; y, a la inversa, la víctima reclamante ha de soportar la aminoración de la compensación por daños que el agente reclamado ha causado prácticamente con certeza.”¹⁴⁰ No compartimos la postura del profesor Makdisi, pues, concebida bajo la regla de la responsabilidad proporcional radical, la pérdida de las oportunidades se desdibuja, pasando a formar parte de un criterio general que la vuelve nimia e innecesaria, en oposición a los criterios de aplicación excepcionales que la caracterizan. Puesto de otra forma, bajo este supuesto, siempre estaremos indemnizando oportunidades perdidas. Lo anteriormente dicho queda reflejado de manera sumamente clara en el comentario de la profesora Gregoraci: “La responsabilidad proporcional no se aplicará cuando la probabilidad de concurrencia del nexo causal es nula, escasa o insignificante, ni cuando dicha probabilidad es alta o muy alta; en el primer caso, la víctima no tiene derecho a indemnización, mientras que en el segundo se reconoce al dañado el derecho a la reparación total”¹⁴¹ Esta es la primera formulación “moderada” de la responsabilidad proporcional. Aplicada a la pérdida de la oportunidad, el principio quedaría configurado de la misma manera: se descartan las probabilidades excesivamente bajas, considerándolas como eventuales o poco serias, y se resarcen completamente aquellas que se acerquen a la certeza absoluta. De lo contrario, parecería un ejercicio ridículo el otorgar una indemnización a un demandante que solo logra probar una probabilidad causal del 1%, imposible de conciliar con la economía procesal. Esto es una diferencia sustancial entre ambas tradiciones, que solo viene a desarrollarse bajo la concepción que nosotros apoyamos y que tendría consecuencias materiales de ser adoptada.

¹³⁹ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 155.

¹⁴⁰ Medina Alcoz, 155.

¹⁴¹ Gregoraci, «La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)», 815.

Un contraargumento posible es que esta postura replica la misma situación “injusta” que se da en los sistemas de prueba preponderante, es decir, en los que el demandante debe simplemente probar la probabilidad en un cincuenta por ciento más uno para configurar el nexo causal. La situación que se replica sería la del demandante que se queda sin indemnización porque solo logró aportar prueba en un 49%, y del demandado que debe soportar un resarcimiento completo cuando solo se acreditó el 51%. Respecto del umbral bajo, por ejemplo, lo mismo ocurriría si el demandante lograra acreditar un 14% de probabilidad de participación, versus el 16%. Evidentemente, la solución de la proporcionalidad tiene que establecer un límite para evitar situaciones en que se condene a indemnizar al demandado que, de manera casi cierta, no tuvo participación en la consecuencia dañosa. Lo que se puede señalar es que esta es una solución que distribuye, a nuestro parecer, de mejor manera los riesgos entre las partes, conciliando, a nuestro parecer, la necesidad de presumir ciertos criterios de certeza versus los beneficios que trae la indemnización parcial debido a la mejor distribución de los riesgos del error entre las partes.¹⁴²

A nuestro juicio, existe otra discusión, donde la distinción de “radicales” y “moderados” no se refieren ya a los criterios de atribución internos del vínculo causal, sino a la extensión del ámbito de aplicación de éstos en el sistema de responsabilidad civil. En la posición radical, la responsabilidad proporcional terminaría reemplazando el criterio de imputación causal binario en favor de un criterio proporcional, ignorando la presencia de la incertidumbre causal. En este sentido, se estaría abogando por la superación completa del régimen todo o nada de atribución causal, aplicándola a la generalidad de los casos de responsabilidad civil.¹⁴³

La versión moderada, sin embargo, se configura de una manera más parecida al estado de hoy en día, es decir, circunscrita a determinadas áreas de la práctica jurídica que revisten problemáticas de incertidumbre causal, tales como la responsabilidad médica. La justificación de aquello sería precisamente, esa situación de incertidumbre fáctica en la cual existe un hecho aleatorio externo, pero no se pretende justificar más allá de aquellos casos. Esto va en consideración a uno de los grandes “miedos” que concita una ruptura tan radical en uno de los

¹⁴² Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 74-76.

¹⁴³ En este sentido, véase: Makdisi, «Proportional Liability», 1063-70; King, «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences», 1354-55.

requisitos fundantes de la responsabilidad civil.¹⁴⁴ En este sentido, se rechaza la procedencia de la doctrina de la pérdida de la oportunidad simplemente como un mecanismo de rebaja de los estándares de prueba, otorgando una indemnización reducida en casos en que el demandante no logre proporcionar suficiente prueba para establecer la existencia de un vínculo causal.¹⁴⁵ Reiteramos que, si bien el problema debe ser explicado recurriendo a mecanismos probatorios, ignorar el supuesto de hecho que posibilita su procedencia implica ignorar la magnitud del problema que se intenta resolver.

De esta manera, la circunscripción de esta doctrina a áreas de elevada incertidumbre causal (como lo es el caso de la responsabilidad por negligencia médica) permitiría limitar el quiebre completo del sistema binario para la generalidad del sistema de responsabilidad civil, en donde la situación fáctica de incerteza causal no se configure como un problema.

3.4 Pérdida de la oportunidad como categoría especial de daño: un modo de evasión del problema de incertidumbre causal

La pérdida de la oportunidad como perjuicio indemnizable, al preguntarse respecto a la certidumbre del daño, lo que efectivamente está haciendo es ignorar una situación de incertidumbre fáctica que se verifica a nivel epistemológico en materia de causalidad. Puesto de otra forma, es una forma de hacer una “finta” o un “bypass” a la propuesta de indemnización del porcentaje de participación del agente en el daño final, pues afirma que no existe un vínculo cierto. En palabras del profesor Medina Alcoz, “*El único sentido de este argumento es aplicar la regla de la responsabilidad proporcional sin cuestionar el sistema binario de imputación causal.*”¹⁴⁶

Lo relevante, entonces, no es la cuantía de la indemnización que recibe el demandado, sino la imposibilidad de reconocimiento de parcialización del nexo causal. En este sentido, lo que se está haciendo es, precisamente, evadir el problema de la incertidumbre causal a través de

¹⁴⁴ Prevot, «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil», 154-56.

¹⁴⁵ Prevot, 154-56.

¹⁴⁶ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 91.

configurar un daño intermedio sobre el cual podemos establecer un nexo causal íntegro, una suerte de bien aleatorio inventado que se reconoce como la oportunidad que se pierde.

La jurisprudencia, en este sentido, tiende a ser dispersa. Un caso que ilustra de manera más o menos fehaciente la tendencia general que se observa es un recurso de casación en el fondo visto por la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema caratulado “Beltrán Rodríguez Claudia Yannira y otro con Servicio de Salud de Talcahuano”.¹⁴⁷ Este fallo, sobre responsabilidad extracontractual por negligencia médica derivada de la determinación errónea de que el embarazo que presentaba la demandante no era de alto riesgo. Esto derivó en la muerte del feto, que quedó ingresada dentro de la carpeta investigativa del Ministerio Público con la causa de muerte de “hipoxia intrauterina severa”. El hecho negligente consistió en la falta de realización de un examen que, de haberse efectuado, habría detectado de manera oportuna la falta de oxígeno que derivó en la muerte del nonato.

Este caso resulta interesante de analizar, pues los demandantes alegan como error de derecho la falta de un estándar probatorio que nos pueda señalar con algún grado de certeza cuándo nos encontramos con un vínculo causal íntegro. En este sentido, la demandante señaló que se habían vulnerado los artículos 426 y 427 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 1712 del Código Civil relativo a las presunciones, pues no se dio por acreditado por el juez de instancia el vínculo causal a pesar de un documento que constituiría plena prueba. Finalmente, no se dio lugar a la indemnización, pues la Excelentísima Corte no estimó que pudiera configurarse la falta de servicio. Respecto de esto, no hubo razonamiento en materia causal.

Sin embargo, lo que resulta más interesante es el razonamiento del voto disidente, pronunciado por la ministra Egnem y el abogado integrante Rodríguez. Aquí efectivamente se aborda un razonamiento causal que se enmarca en una argumentación que va en el sentido de otorgar la indemnización por la pérdida de la oportunidad, pero resulta ambiguo. Esto, pues si bien se señala en el fallo que “en materia sanitaria, la certidumbre sobre la relación causal es difícil de establecer, por lo que en estos regímenes de responsabilidad en la mayoría de los casos sólo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y eficiente, por el cual el demandado debe

¹⁴⁷ Corte Suprema, Causa n°34630-2017, 1.3.2018

responder”¹⁴⁸. Es decir, los ministros reconocen la existencia de un factor de incertidumbre causal que hace imposible, a menos de que se recurran a cálculos de probabilidades, establecer un vínculo causal en el determinado caso. Al respecto, profundizan: “Se desconoce si el evento que generó la asfixia intrauterina estaba presente al momento de ser dado de alta el día 5 de diciembre de 2012, razón por la que no es posible establecer de modo inequívoco el vínculo de causalidad entre la falta de servicio y la muerte del feto en el vientre materno”. Parecería, bajo toda circunstancia, que se está realizando un razonamiento de la procedencia de la pérdida de la oportunidad en materia de causalidad, reconociendo la incerteza que sirve como supuesto de hecho para otorgarla.

Inmediatamente después de constatado el dilema, los ministros abandonan la línea argumentativa, dejando el punto inconcluso, y se inclinan por considerar la relación causal íntegra propia de la ficción de la oportunidad como un daño indemnizable, señalando que “el perjuicio no es la muerte, sino la pérdida de la oportunidad que le quedaba de continuar viviendo, cuando intervino el médico”.¹⁴⁹ En este sentido, queda establecido de manera patente que, en este caso, el voto de minoría aludió a dos líneas de argumentación distintas, reconociendo el componente de la incertidumbre causal y la posibilidad de establecer una conexión causal probabilística, pero concluye descartándola y prefiriendo considerar un daño intermedio.

Aquí se encuentra plasmado de manera clara el razonamiento: En primer lugar, se reconoce la naturaleza incierta de la relación causal.¹⁵⁰ En segundo lugar, se afirma que a lo único que se puede optar, en ese caso, es a un cálculo de las probabilidades de participación del agente en el daño. En tercer lugar, se descarta el vínculo por incierto y se prefiere optar por darle valor a la oportunidad perdida, que es un daño que se genera en consecuencia de la incapacidad de establecer el vínculo causal con el daño final. El voto de minoría de este fallo es así el mejor ilustrador de la oportunidad perdida como una ficción creada precisamente para evadir la parcialización del vínculo causal, en la medida en que se reconoce como problema principal la

¹⁴⁸ Corte Suprema, Causa n°34630-2017, 1.3.2018 c. 9

¹⁴⁹ Corte Suprema, Causa n°34630-2017, 1.3.2018, c.9

¹⁵⁰ Barría, «La pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la corte suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami de 27 de febrero de 2010», 258. La misma conclusión es extraída de un análisis de los fallos de los tribunales respecto a la pérdida de la oportunidad en el contexto del Terremoto de 2010. Un reconocimiento de un problema de naturaleza causal, pero que es resuelto mediante el resarcimiento de un daño intermedio, a juicio de la Corte, cierto.

imposibilidad de respuesta del sistema frente a una situación de elevada incerteza causal. Otros autores han caracterizado esta contradicción como un problema de “coherencia”, particularmente refiriéndose a las indemnizaciones entregadas en el contexto del terremoto de 2010.¹⁵¹

Otro caso particular que reviste importancia a la hora de establecer la pérdida de las oportunidades como una forma de responsabilidad proporcional viene de la mano de *Segura Riveiro con Fisco de Chile*¹⁵². Resulta particular, pues es una de las pocas veces en que la Corte Suprema ha efectuado un razonamiento en sede de causalidad que puede enmarcarse en un supuesto de atribución probabilística del daño. El caso es relevante pues, contrario a lo que pasa con el fallo anterior, esto es, que se trataba de un voto en contra de la decisión que finalmente termina desestimando el recurso de casación, aquí efectivamente se dio lugar a la casación, confirmando la sentencia apelada y estableciendo un razonamiento que, con matices y algunas objeciones, va en la línea de asumir a la pérdida de la oportunidad bajo un punto de vista de causalidad, acercándose más a una concepción de responsabilidad proporcional.

El caso en cuestión se refiere a una negligencia médica con resultado de muerte ocurrida en el Hospital Naval de Talcahuano, en donde reiteradas veces la paciente se presentó en urgencias por dolencias estomacales. En las tres ocasiones se desestimó la existencia de un padecimiento grave y no se le practicaron ciertos exámenes claves que habrían determinado una condición que ponía en riesgo su vida. El diagnóstico fue de X, cuando debía ser de Y, de haber sido detectado de manera oportuna.

Lo que resulta particular de destacar aquí, de manera quizás poco formal, es lo escueto del razonamiento en materia de causalidad. En efecto, el fallo le dedica un único considerando, el ocho, para explicar un problema complejo, mientras que previamente se había limitado únicamente a establecer el yerro de la sentencia sometida a casación, en relación con la desestimación errónea de la falta de servicio. En este sentido, llama la atención la persistencia de la Corte en la calificación jurídica de los hechos, poniendo especial atención en su gravedad. El fallo, por lo tanto, si bien realiza un análisis en este sentido, parece mucho más interesado en

¹⁵¹ Barría, 260-63.

¹⁵² Corte Suprema, Causa n°12530-2013, 15.4.2014.

el análisis en sede de su factor de atribución, siendo la causalidad una mención pequeña a la hora de decidir respecto del error de derecho que adolece la sentencia.

Algo similar ocurre cuando se analiza la causa Rol n°47936-2016 de la Excelentísima Corte Suprema, caratulada Patricia Corvalán Castillo con Hospital Félix Bulnes¹⁵³. Este caso se trató, en resumidas cuentas, de un médico que recetó un medicamento (clorpromazina) para el tratamiento de una depresión severa y que, en términos prácticos, tuvo la consecuencia de provocar en la paciente una distonía generalizada que la dejó postrada. En la apelación, la demanda de responsabilidad por falta de servicio fue rechazada. En el juicio de casación, la sentencia de segunda instancia fue revocada y se le otorgó a la demandante una indemnización por cincuenta millones de pesos chilenos. En efecto, el razonamiento en sede de causalidad es acotado, dedicándole la Corte una mayor cantidad de tiempo a la configuración de la falta de servicio.

Los mismos comentarios hechos a la sentencia anterior son aplicables aquí. De hecho, la redacción de las sentencias es tan similar, que no sería aventurado concluir que se trata del mismo razonamiento, nada más que esta vez no se trata de un voto de minoría y es aceptado. Se realiza la misma alusión al problema de base, esto es, la situación de incerteza causal¹⁵⁴: “En la mayoría de los casos sólo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, como sucedió en este caso, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y eficiente, por el cual el demandado deba responder”.¹⁵⁵ Sin embargo, inmediatamente después, se elude el reconocimiento haciendo referencia a la doctrina argentina, citando al profesor *Chabas*. En este sentido, de nuevo se llega a la misma conclusión: Se diagnostica el problema, pero el razonamiento de su solución viene a operar a través de una finta, a nuestro juicio, bastante explícita del mismo.

¹⁵³ Corte Suprema, n°47936-2016, 11.5.2017

¹⁵⁴ En este caso, bajo la admitida ignorancia respecto a los conocimientos médicos específicos, parecería incluso discutible incluso sacar a colación la pérdida de la oportunidad, en la medida en que se dibuja suficientemente bien de los hechos la existencia de un nexo causal entre la ingesta de fármacos neurolépticos y la distonía que presentó la actora. Esto, sin embargo, es simplemente una impresión que emana de la lectura de los hechos. Como se dijo, se desconoce el funcionamiento específico de los medicamentos como para afirmar categóricamente que no existía incertidumbre causal.

¹⁵⁵ Corte Suprema, n°47936-2016, 11.5.2017, c.9.

Lo que el máximo tribunal señala, a través de la identificación del problema, sería, en palabras del profesor Ríos, “un reconocimiento de que el deber de resarcir puede nacer aun cuando la certidumbre sobre la concurrencia de uno de los elementos de la responsabilidad es más bien tenue -o por lo menos no absoluta-. En otras palabras, incluso en ausencia de certeza absoluta del nexo entre acción u omisión y daño, puede haber responsabilidad”¹⁵⁶ Esta cita, que fue hecha en el contexto del análisis del fallo *Segura Riveiro con Fisco de Chile*, procede, entonces, respecto a la primera premisa. La identificación del problema se ve soslayada, sin embargo, por la negativa de la Corte Suprema a proseguir con el razonamiento en sede de causalidad, indemnizando la participación proporcional del agente en la comisión del daño.

Lo que se desprende de estos casos, a juicio nuestro, es que se confirma de manera precisa la postura señalada por el profesor Medina Alcoz. La pregunta respecto a la certidumbre de los daños, lo que es lo mismo que preguntarse respecto a si la oportunidad perdida reviste valor en sí misma, implica una evasión al cuestionamiento respecto al sistema binario de imputación causal en los casos vistos. Aquello no se manifiesta de manera implícita, sino que se evidencia claramente de las dos líneas argumentativas concretas sostenidas por la Corte Suprema, las cuales parecerían contradecirse entre sí. Siguiendo al profesor, la oportunidad perdida simplemente se configura como una “ficción jurídica” para resarcir los perjuicios del daño final, aunque se afirme lo contrario.¹⁵⁷ “Son ajustes ad hoc que han permitido asimilar la anomalía (ni todo ni nada, en supuestos de incertidumbre causal), sin cuestionar la ciencia normal. (...) Son mentiras técnicas o muletas jurídicas que han permitido avanzar cuando faltaban fuerzas suficientes para replantear la doctrina de la causalidad”.¹⁵⁸ En este sentido, la existencia del daño intermedio (conceptualizado, en el área de práctica jurídica en que nos encontramos, como la pérdida de la oportunidad de sanación) dependerían del daño real de causalidad incierta.¹⁵⁹ En el fondo, de cambiar las circunstancias, el bien aleatorio alegado puede generarse y quedar configurado o simplemente desaparecer en el caso de que surjan nuevos antecedentes.

¿Cuál sería el problema, entonces? Lo hemos planteado ya varias veces en nuestras propias palabras, pero el profesor Alcoz lo hace con más claridad: “El problema es que este proceder

¹⁵⁶ Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 198.

¹⁵⁷ Medina Alcoz. 86-87

¹⁵⁸ Medina Alcoz. 86-87

¹⁵⁹ Medina Alcoz. 90

oculta el problema de fondo e impide la discusión abierta en torno al verdadero fundamento y alcance de la responsabilidad parcial ante la incertidumbre causal.”¹⁶⁰ ¹⁶¹ El diagnóstico es claro: otorgarle valor a la oportunidad misma implica no hacerse cargo del problema de hecho que subyace la hipótesis misma de la pérdida de la oportunidad, el cual es la incerteza causal inherente a estos casos particulares. La relevancia es que se evita una discusión importante para el desarrollo jurídico de la causalidad como mecanismo de imputación de la responsabilidad civil. El problema de fondo no es baladí, sino que tiene que ver con una determinada concepción epistemológica respecto a la certeza y el grado que tenemos no solo como actores de derecho, sino como sujetos racionales, para alcanzarla. Se evita entonces, cuestionar la solución maniquea que se ha desarrollado dentro de nuestra tradición jurídica a un problema que, por su misma naturaleza, no puede tener una solución binaria. Es relevante cuestionar la aptitud de un mecanismo binario de imputación causal frente a situaciones de incertidumbre causal, lo que se ve imposibilitado si es que se continúa esquivando el dilema basal.

Por los casos analizados, no puede desprenderse que haya una línea temporal explícita en que la Corte Suprema comience a reconocer el problema de hecho, pues hay fallos incluso más recientes a los mencionados en que no se hace mención alguna al problema de la incertidumbre causal, aunque podemos afirmar que sí existe una tendencia hacia su reconocimiento¹⁶². Podemos afirmar que, si bien no se ha podido configurar establemente el razonamiento en sede causal, el Excelentísimo Tribunal si ha dado un primer paso, si bien cauteloso, en reconocer el origen del problema. Aquello se ha manifestado en algunos casos que tienen su comienzo en *Segura Riveiro con Fisco de Chile*, como señala el profesor Ignacio Ríos¹⁶³, pero no se ha

¹⁶⁰ Insistimos en señalar que la doctrina que dirime la certidumbre de los daños es solo uno de los supuestos en que se evita el cuestionamiento del sistema binario de imputación causal. El problema de la incertidumbre causal implica un mayor número de hipótesis y no termina por resolverse a través de la pérdida de la oportunidad. Ésta es simplemente una de las instancias en que se manifiesta el problema.

¹⁶¹ Medina Alcoz. 88

¹⁶² Al respecto, ya que los razonamientos son los mismos, se hace innecesario repetir una y otra vez un problema, a nuestro juicio, suficientemente establecido. Los fallos de la Excelentísima Corte que contienen una disposición en este mismo sentido son los siguientes: Corte Suprema, Causa n°1745-2017, 9.11.2017, c. 8-11; Corte Suprema, Causa n°2456-2018, 14.8.2019 c. 15-16; Corte Suprema, Causa n°7108-2017, 24.04.2019, c. 10-11; Corte Suprema, Causa n°11761-2017, 12.7.2018 c. 19-21; Corte Suprema, Causa n°12169-2017, 9.11.2017, c.13; Corte Suprema, Causa n°13129-2018, 3.4.2019, c. 8-10; Corte Suprema, Causa n°18225-2017, 17.4.2018, c. R-V; Corte Suprema, Causa n°21599-2017, 27.2.2018, c. 9-13; Corte Suprema, Causa n°34630-2017, 1.3.2018, c. 9-11; Corte Suprema, n°47936-2016, 11.5.2017, c. 16-20; Corte Suprema, Causa n°62104-2016, 6.11.2017, c. 8-11; Corte Suprema, Causa n°101769-2016, 29.8.2017, c. 9-12.

¹⁶³ Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 166-68.

concretado en un cuestionamiento más profundo en casos posteriores. Queda pendiente, entonces, un pronunciamiento de la Corte Suprema respecto a ello.

Respecto al punto anterior, cabe mencionar una causa reciente que, al momento de redacción de esta investigación, se encuentra todavía en sede de casación. Se trata de *Sociedad Tronaduras Generales Limitada con Imetal Ingeniería y Construcciones*, causa n° 237-2020. En particular, nos referimos a la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción, que acogió el recurso de apelación deducido por la demandante. Este caso nos reviste un interés particular, ya que la sentencia de apelación realiza un razonamiento que pareciera acoger la doctrina anglosajona de la pérdida de la oportunidad, en el sentido que hemos venido explicando hasta ahora. Esto amerita una mirada más detenida, a pesar de no tener un pronunciamiento todavía por parte de la Corte Suprema, pues implicaría un desarrollo sustancial de la materia. Por lo demás, es evidencia de lo reciente de la incorporación de este tipo de argumentación y la innovación que supondría en el eventual caso de que fuera acogida, más aún si se trata de una materia no asociada tradicionalmente con la doctrina.

En resumidas cuentas, podemos desprender los siguientes hechos de la sentencia de primera instancia: Se celebró un contrato de construcción a suma alzada, a través del cual la parte demandante se obligaba a realizar una serie de perforaciones e instalaciones de anclajes con el objeto de reforzar el Canal Peuchén, ubicado en la hacienda San Lorenzo. Se fijó un plazo de ejecución de la obra en sesenta días corridos, estableciendo, además, el precio de 2,53 UF por cada metro lineal de anclaje ejecutado.

El incumplimiento contractual se remite a la negativa por parte de la demandada de permitir el ingreso de los trabajadores de la demandante, impidiéndole el cumplimiento de su obligación, constituyendo además una vulneración de la buena fe contractual, además de otros hechos que no resultar relevantes para nuestro análisis. Respecto a las partidas indemnizatorias, la demandante solicitó 668,63 UF más IVA por concepto de lucro cesante, indicando, en subsidio que se le indemnice la pérdida de la oportunidad de obtención de esa ganancia. La sentencia de primera instancia negó la procedencia del lucro cesante y no se refirió a la petición de indemnización de la pérdida de la oportunidad. Se dedujo recurso de apelación por parte de la demandante.

Es en la sentencia que acoge el recurso de apelación donde se encuentra el punto de mayor interés. La Corte no solo se refiere a la indemnización por pérdida de la oportunidad, sino que realiza un razonamiento detallado con una línea distinta a la tendencia jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en la materia.

En primer lugar, la sentencia parte por corregir (a nuestro juicio, correctamente) la relación establecida entre el lucro cesante y la pérdida de la oportunidad, señalando que el primero requiere de la certidumbre de un daño futuro, mientras que, en el segundo, lo que indemniza responde a un criterio de oportunidad.¹⁶⁴ En segundo lugar, constata que la doctrina y la jurisprudencia han recogido la doctrina bajo la concepción europea, esto es, como un perjuicio indemnizable.¹⁶⁵ Acto seguido, la Corte afirma que, en el caso particular, sí procede otorgar la indemnización por pérdida de la oportunidad.

En el considerando undécimo, señala la Corte que “la pérdida de la oportunidad en realidad no es un daño en sí mismo puesto que no es posible establecer un vínculo causal entre el hecho que produce la pérdida de la oportunidad y la pérdida efectiva del bien, beneficio, ventaja o derecho que se pretendía obtener por el perjudicado, debido al carácter meramente hipotético de esta afirmación”.¹⁶⁶ Esto implica un razonamiento completamente contrario a lo establecido por la Corte Suprema en fallos de casación que se refieren a la misma materia, salvo por la definición general de los hechos que constituyen pérdida de la oportunidad.

El fallo es más explícito aún, al consignar que “Se trata aquí de *flexibilizar* los presupuestos del nexo causal de acuerdo a *criterios de proporcionalidad* sobre la significación porcentual que tiene el obrar negligente o ilícito sobre la producción del daño final.”¹⁶⁷ Es aquí donde la Corte, de manera explícita, renuncia a la doctrina europea y suscribe fehacientemente a un criterio de responsabilidad proporcional sobre el daño final, no considerando a la oportunidad como un daño en sí mismo.

El fallo también es enfático en explicitar el problema central esbozado en esta investigación, al señalar que “En la pérdida de la chance concurre un elemento de certeza, referido a la

¹⁶⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, Causa n°237-2020, 16.07.2021 c. 10

¹⁶⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, Causa n°237-2020, 16.07.2021 c. 9

¹⁶⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, Causa n°237-2020, 16.07.2021 c. 11

¹⁶⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, Causa n°237-2020, 16.07.2021 c. 11

oportunidad que era real y también sobre su pérdida definitiva, pero también un elemento de *incertidumbre*, en cuanto no puede determinarse si, de no haber sido alterada la situación por el hecho del responsable, la ganancia se habría logrado o la pérdida evitada.”¹⁶⁸ La sentencia cuestiona el estándar binario de establecimiento de causalidad, arguyendo que existen situaciones en donde aquel régimen no resulta satisfactorio para el esclarecimiento de ciertos casos.

Independiente de si la sentencia es revocada en sede de casación, el comentario se hace relevante, pues implica que esta doctrina está siendo discutida actualmente y sus bases no están del todo asentadas. A la fecha de escritura, queda pendiente ver si la Corte Suprema hace referencia a este razonamiento en la casación, ya sea refutándolo o acogiéndolo. De ser acogido, implicaría un revés a la línea jurisprudencial que concebía la pérdida de la oportunidad como un daño indemnizable.

3.5 La pérdida de la oportunidad desde una perspectiva utilitaria.

Cuando nos preguntamos respecto a la distribución de los riesgos dentro de una determinada controversia jurídica con miras a una indemnización, no solo estamos haciendo una referencia exigua a los principios de coherencia interna dentro del mismo sistema que la posibilita. Aquellos, desde luego, son importantes, en la medida en que posibilitan un marco de cohesión que nos entrega un grado de seguridad jurídica. Bajo supuestos de pérdida de la oportunidad, sin embargo, la discusión adopta otra característica: el enfoque en los fines de la responsabilidad. Esto, en un contexto macro de discusión respecto a si podemos identificar fines legítimos dentro del derecho privado, o simplemente debemos contentarnos con alcanzar un grado de funcionamiento cohesivo dentro del mismo sistema. Cabe referirse someramente al tema.

Esta última postura “formalista” de la responsabilidad civil, sostenida por el profesor Weinrib, sostiene que la responsabilidad civil “no busca fin alguno”, no se avocaría a la consecución de ningún objetivo sino a ser concordante con la lógica de sus mecanismos y principios internos de

¹⁶⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Causa n°237-2020, 16.07.2021 c. 9-11

justicia.¹⁶⁹ “De manera sencilla, la consistencia importa porque asegura que los litigantes no son tratados arbitrariamente”.¹⁷⁰ Al respecto, podemos inmediatamente advertir que esta postura resulta insuficiente cuando nos encontramos dentro de hipótesis de pérdida de la oportunidad, cuando a través de la dogmática, los mecanismos de establecimiento de la responsabilidad civil devienen en resultados que no se ajustan con esos mismos principios que se sostienen. En este sentido, adherimos a la crítica sostenida por el profesor Cane, cuando dice que esta aproximación ignora “la ley en acción”¹⁷¹ Una aproximación utilitarista puede resultar beneficiosa si ayuda a comprender el funcionamiento de los principios en la práctica, pudiéndonos incluso dar cuenta de la insuficiente de éstos a la hora de la resolución de controversias límite, para las cuales no fueron diseñados.

Sosteníamos que la doctrina de la categoría de daños o de la oportunidad como daño era una ficción que se creaba para no entrar al cuestionamiento del sistema binario de atribución causal.¹⁷² En contrario, nosotros proponemos que la pérdida de la oportunidad efectivamente es un reconocimiento de un supuesto causal de incertidumbre y que, lejos de evitar la discusión de la incertidumbre causal, aquella debe reconocer su naturaleza probabilística, en virtud de los fines presentes en cualquier sistema de responsabilidad civil. La discusión de la pérdida de las oportunidades se muestra de manera patente como un mecanismo de equidad, que tiene como fin el aumento del bienestar general en las sociedades.¹⁷³ Es un ejercicio necesario, por lo tanto, abordar la pérdida de la oportunidad, en virtud de lo deseable o ventajoso que pueda resultar la parcialización del nexo causal pueda resultar desde una perspectiva utilitaria.¹⁷⁴

Cabe preguntarse entonces, en primer lugar, si la pérdida de la oportunidad puede ser entendida como mecanismo de minimización de los costos sociales de los errores¹⁷⁵. En un sistema de

¹⁶⁹ Ernest Weinrib, *La idea de derecho privado* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 18-21.

¹⁷⁰ Nayha Acharya, «No More Chances for Lost Chances: A Weinribian Response to Weinrib», *McGill Journal of Law and Health* 12, n.º 2 (2019): 214-15.

¹⁷¹ Peter Cane, «Tort Law as Regulation», *Common Law World Review* 31 (2002): 311. La traducción es nuestra.

¹⁷² Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 76.

¹⁷³ Tapia, «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?», 236.

¹⁷⁴ Cabe recordar nuevamente que los análisis efectuados por los teóricos de *law & economics* no van específicamente encausados dentro de la pérdida de la oportunidad, sino al cuestionamiento más amplio de un sistema de responsabilidad proporcional versus un sistema binario de imputación causal. Sin embargo, no es difícil compatibilizar el razonamiento dentro de un supuesto de pérdida de la oportunidad, en la medida en que consideremos que la solución ofrecida por esta doctrina va en el sentido de cuestionar el sistema tradicional de causalidad.

¹⁷⁵ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 76.

imputación causal binario el costo de los errores es exactamente igual.¹⁷⁶ En este sentido, hay que poner énfasis en que el problema no es la cantidad de error producido, sino en el modo de distribución con el cual se opera. El problema, de esta manera, puede caracterizarse como sistémico. Todo esto se realiza para ilustrar que el supuesto de hecho planteado por la pérdida de la oportunidad es el de una incerteza causal de origen. El reconocimiento de esta figura como una que matiza el régimen binario de atribución causal tiene como consecuencia el abordar las carencias propias del sistema.

En este sentido, el profesor Fischer señala que hay principalmente dos reglas tradicionales, esgrimidas por los defensores de la responsabilidad proporcional, que no propician el valor disuasorio potencial del derecho de daños: en primer lugar, la regla que le exige a los demandantes probar que la existencia de un nexo causal es más probable que su inexistencia.¹⁷⁷ Esto, de por sí, se constituye como la obviedad de que el demandante debe probar aquello que alega, le causó daño. El problema se esboza cuando se les deniega todo resarcimiento si no logran superar el estándar de prueba, mientras que se les otorga un resarcimiento absoluto cuando logran hacerlo. Aquello necesariamente implica que, en caso de ser rechazada la indemnización, se libera de toda carga a demandados que, con probabilidades serias, causaron un daño, mientras que de ser aceptada, se les condena a resarcir cantidades exageradas respecto del daño que efectivamente cometieron.¹⁷⁸ El problema se configura, al mismo tiempo, como uno de baja disuasión y de excesiva disuasión, dependiendo del caso.¹⁷⁹ En este sentido se cuestiona que el sistema binario de imputación causal produciría los mismos errores en ambos

¹⁷⁶ Esto, partiendo de la base de un estándar de un 50%, dentro de nuestro sistema carente de estándar, es difícil ponderar algún porcentaje, pues en última instancia, es una decisión que queda bajo el completo arbitrio del juez. Si hacemos caso a la “Doctrina de la alta probabilidad”, que establece un umbral mayor, cercano al 80%, como ocurre en el caso europeo, entonces los costos sociales de los errores serían soportados en mayor proporción por los demandantes. La falta de un estándar probatorio a nivel civil es una de las principales razones a través de las cuales la construcción de un criterio de responsabilidad proporcional dentro de la pérdida de la oportunidad podría otorgar mayor seguridad jurídica en esos casos.

¹⁷⁷ David Fischer, «Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox», *Faculty Publications*, 1 de octubre de 1993, 1205, <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/184>.

¹⁷⁸ Fischer, «Tort Recovery for Loss of a Chance», 634.

¹⁷⁹ Fischer, «Proportional Liability», 1205. Al respecto, el ejemplo que señala el profesor es uno que escapa de las hipótesis de pérdida de la oportunidad, pero cuyos principios se configuran de similar manera: los daños por sustancias tóxicas. En este sentido, afirma que, en el caso hipotético de exposición de cien personas a una sustancia que cause cáncer, y logre probarse una probabilidad de participación del 60%, bajo el sistema tradicional de imputación causal, el demandado sería hecho responsable del cáncer producido en las cien personas.

sentidos del espectro de imputación de la responsabilidad¹⁸⁰, configurando de igual manera los incentivos generados para el grueso de la sociedad. Al respecto, el profesor Green señala que: “el estándar de preponderancia de la evidencia podía resultar en muy poca disuasión cuando la probabilidad de causalidad era menos del 50% y excesiva cuando la probabilidad cuando era más del 50% pero menos del cien por ciento.”¹⁸¹

Un ejemplo claro al respecto lo proporciona el profesor Medina Alcoz, quien también conceptualiza la doctrina bajo el criterio de la “responsabilidad proporcional y la minimización del costo social de los accidentes”.¹⁸² Al respecto, el mayor beneficio social que puede alcanzar una regla de responsabilidad proporcional se verifica de forma que, si se establece una indemnización parcial, se genera un incentivo de adopción de cautela mayor que frente a un sistema de responsabilidad preponderante o de alta probabilidad, pues el actor negligente estaría consciente de que igualmente podría ser condenado a resarcir un porcentaje de la indemnización. Esto, en casos de incerteza del vínculo causal por un componente externo aleatorio, impediría a ciertos actores escudarse en aquel para evitar asumir las precauciones necesarias.

Algunos promotores de la responsabilidad proporcional para la indemnización de las oportunidades perdidas justifican su procedencia acotándola a áreas reservadas de práctica. Es el caso, por ejemplo, del profesor Levmore, quien argumenta a favor de su utilización en determinadas áreas de avanzada especialidad tecnológica que permiten acotar el riesgo de error en la determinación del porcentaje.¹⁸³ “En los casos de cáncer, sin embargo, existe un cuerpo respetable de información estadística sobre las posibles consecuencias de un diagnóstico tardío o errado que provee la información fáctica para utilizar una aproximación probabilística. Las tablas de mortalidad, después de todo, enseñan el hábito de pensar respecto a las oportunidades perdidas, y no puede ser una sorpresa que ésta sea el área del derecho de daños más cercanamente relacionada con el uso regular de estas tablas a la hora de establecer la responsabilidad”.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 74.

¹⁸¹ Green, «The Future of Proportional Liability», 26 de octubre de 2004, 10-11. La traducción es nuestra.

¹⁸² Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 76.

¹⁸³ Saul Levmore, «Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs», *The Journal of Legal Studies* 19, n.º 2 (1990): 719.

¹⁸⁴ Levmore, 719. La traducción es nuestra.

Esto también se relaciona con las posturas radicales y moderadas de la responsabilidad proporcional antes señalada. Al respecto, el profesor Green señalaba que el acotar la procedencia de este tipo de responsabilidad a ciertas áreas de práctica de elevada incertidumbre causal terminaba por generar los incentivos disuasivos de sus conductas negligentes más comunes y que, además, iba concorde a un sistema que valorara la justicia correctiva.¹⁸⁵ Lo que se puede concluir, es que, en casos límite de incertidumbre causal, donde sacamos a colación la pérdida de las oportunidades, no debe ignorarse de ninguna manera su potencial, que no solo opera en favor de sus principios de coherencia interna, sino que posee fines, tanto de justicia correctiva, como de distribución de riesgos entre los actores, incentivando conductas que reduzcan el costo social de las negligencias. La pérdida de la oportunidad vista desde la causalidad podría bien funcionar de esta manera en el área determinada en donde más se frecuente su uso: en la responsabilidad por negligencias médicas.

3.6 Insuficiencias del régimen de atribución causal tradicional para la aplicación de pérdida de la oportunidad

En este sentido, coincidimos con el profesor Alcoz en que la aplicación de este supuesto no debe parecernos tan rupturista o revolucionario, en la medida en que se han dado situaciones similares respecto a otros supuestos de la causa, que, si bien no se configuran de manera probabilística, si cuestionan su indivisibilidad. Debido a ello, no vemos como lejana o descabellada su posible aplicación dentro de un sistema como el chileno. El profesor Alcoz opina “Cabe aplicar la responsabilidad proporcional sin necesidad de previsión legal expresa precisamente porque no supone un cambio profundo o revolucionario; la regla no está en las cláusulas generales, pero puede aplicarse sin alterar su estructura porque, al igual que ellas, responde al principio de igualdad y a una racionalidad epistemológica”.¹⁸⁶

La aplicación de esta doctrina, sin embargo, tendría que hacerle frente al artículo que se ha configurado como monolito dentro del desarrollo doctrinario de la causalidad: el artículo 1558

¹⁸⁵ Green, «The Future of Proportional Liability», 26 de octubre de 2004, 5.

¹⁸⁶ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 141.

del Código Civil. La conclusión que podemos extraer de aquí, es que la escueta redacción que se le ha otorgado a la causalidad dentro de la normativa civil, la hacen del todo inadecuada e insuficiente para enfrentarse a casos límite de elevada incerteza causal. Parte de abordar el problema de la causalidad en la pérdida de las oportunidades implica la moderación o no aplicación selectiva (configurada de manera casuística, sin duda alguna), en casos donde el déficit epistémico de la causalidad sea insuperable. En este sentido, la exigencia de un “vínculo necesario y directo” es el mayor obstáculo en estas situaciones determinadas. Recalcamos, nuevamente, lo insuficiente de la normativa existente, pues la complicación proviene de una norma que regula ciertos supuestos de responsabilidad contractual y que fue aplicada, mediante una interpretación extensiva, a la responsabilidad extracontractual. En este sentido, es claro que existen ciertos casos en que el principio binario de atribución causal no provee las soluciones más deseables. En efecto, la relación directa y necesaria que el artículo 1558, entendido como un principio general de causalidad, exigiría para el establecimiento de la responsabilidad civil extracontractual estándares exorbitantes de prueba en situaciones fácticas que devienen simplemente en la imposibilidad de su satisfacción. Aquello es el problema a nivel normativo.

Otro es el problema a nivel sistémico o general: el contraste que genera la aplicación de una doctrina desarrollada en un sistema jurídico radicalmente distinto como lo es el common law, frente al derecho continental. Al respecto, si bien la mayoría de la doctrina que aborda la problemática desde la causalidad proviene desde el mundo del derecho común, existen teóricos que han sido partidarios de su adopción dentro del marco del *civil law*, en particular, el profesor Luis Medina Alcoz, a quien se hace referencia de forma extensiva en este trabajo.

En este sentido, la conclusión implica que, necesariamente, se “pone de relieve numerosas insuficiencias del paradigma que por lo general ha venido utilizándose para resolver casi cualquier problema de responsabilidad patrimonial.”¹⁸⁷ Por lo tanto, se hace claro que “el modelo teórico tradicional no permite explicar ni justificar por qué hay que indemnizar la pérdida de una oportunidad, ni por qué debe otorgarse en estos casos una indemnización parcial.”¹⁸⁸ Lo que se tiene como expectativa es que, en algún momento, los tribunales acojan

¹⁸⁷ Gabriel Doménech, «La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado», *Revista de administración pública*, n.º 176 (2008): 399.

¹⁸⁸ Doménech, 400.

el problema de fondo y no se termine recurriendo a este “subterfugio” intermedio para justificar la indemnización de las oportunidades perdidas bajo principios que, claramente, no están diseñados para explicar el fenómeno.

En este sentido, el sistema propuesto por el profesor Alcoz nos parece el más razonable. La doctrina de proporcionar la responsabilidad sobre cálculos probabilísticos nos permite concretar criterios de aplicación que distribuyen de manera más equitativa los riesgos entre demandante y demandado.¹⁸⁹ El criterio de atribución proporcional traería, contrario a lo que podría pensarse, una mayor seguridad jurídica, en la medida en que ya no apelamos a una concepción nebulosa dejada completamente a estados de convicción generados en el juez, sino que tenemos un porcentaje claro de aceptación y descarte (80% para configurar una presunción de certeza absoluta y un 15% para descartar la probabilidad por poco seria). Lo que queda entre esos dos márgenes, es la redistribución de los riesgos entre las partes, otorgando indemnizaciones parciales.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Green, «The Future of Proportional Liability», 26 de octubre de 2004, 2-4.

¹⁹⁰ Gregoraci, «La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)», 815-16.

Conclusiones

El derecho no se construye en base a monolitos, sino en base a principios en constante evolución. Ello se justifica para el mejoramiento de los sistemas, acorde con las prácticas humanas cambiantes, al igual que el constante desarrollo de la ciencia y la tecnología.¹⁹¹ En este sentido, la doctrina de la pérdida de las oportunidades, estudiada desde la causa, se configura como una doctrina concordante con el cuestionamiento de principios que parecieran tallados en piedra, pero que su ajuste coincide con los fines propios de un sistema de responsabilidad civil, en la medida en que aquel se configura no solo respecto a la coherencia de sus principios internos, sino también como un instrumento de equidad.

En tal sentido, lo que implica el reconocimiento del problema de la incerteza causal es un cuestionamiento de principios profundamente arraigados en nuestro sistema de responsabilidad civil. Esto es, que la solución que se le ha dado para compatibilizar los casos de elevada incertidumbre implica evitar el cuestionamiento de ciertas “concepciones epistemológicas” respecto a la certeza. En este sentido, la ficción del daño como oportunidad perdida se manifiesta como una forma de evitar realizar este cuestionamiento, compatibilizando la doctrina con el sistema ya existente.¹⁹²

Como se evidenció en la introducción de este trabajo, uno de los objetivos era la profundización de la doctrina alternativa desarrollada dentro de los países anglosajones, que va en la línea de reconocer el problema basal al que responde la pérdida de la oportunidad. La hipótesis planteada era que, efectivamente, podía construirse una tendencia que indicara que la jurisprudencia chilena había finalmente comenzado a recoger esta tradición doctrinaria. El resultado, a nuestro juicio, es negativo: no puede afirmarse, de los casos estudiados, que nos encontremos en esa situación. Lo que sí podemos concluir es que la Corte Suprema ha dado un primer paso al diagnosticar el problema en cuestión, señalando que, en casos de elevada incertidumbre causal, a lo máximo que podemos aspirar es a una probabilidad de participación del hecho negligente o

¹⁹¹ Munita M, «Recursos comparados relativos a la determinación del vínculo causal», 211.

¹⁹² Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 89.

doloso en la consecuencia dañosa. En este sentido, no hay un gran cambio desde la sentencia de *Segura Riveiro con Fisco de Chile*.

Lo interesante, es que, a partir de allí, el Excelentísimo Tribunal, a nuestro juicio, enfatiza de manera explícita la ficción a la cual se ha de recurrir para permitir la indemnización de las oportunidades perdidas dentro de nuestro ordenamiento. Después de un enfático diagnóstico del problema, se insiste en la imposibilidad de configurar el vínculo causal, y se sostiene como alternativa el recurrir a la configuración de este daño intermedio concebido como la pérdida de la oportunidad de sanación. En este sentido, se muestra de manera manifiesta que lo que los tribunales están haciendo es indemnizar el porcentaje de participación del agente en el daño final, pero recurriendo a medidas “de parche” para evitar cuestionar la integridad del sistema binario de imputación causal. Lo que elegantemente Medina Alcoz señaló como “ficción jurídica”¹⁹³ y que nosotros, menos galantemente, hemos señalado como “finta” o “bypass”, se ve configurado, a nuestro juicio, de manera patente dentro de la jurisprudencia estudiada.

Este problema, como hemos visto, no es baladí, pues, como vimos en el primer apartado, no es posible señalar que el derecho es neutral en este aspecto. Señalamos que optar por una visión causal de todo o nada (*all or nothing rule*) implica necesariamente el optar por un determinado juicio epistemológico de la certeza, el cual muchas veces puede no condecirse con la realidad observable y con la experiencia humana, en la medida en que el acceso a una certeza absoluta es una perspectiva idealista, sino irrealizable tanto en las ciencias exactas y en las sociales. Esto es un dilema que, a nuestro juicio, no debería ser evadido por la jurisprudencia.

El problema, que a primeras luces parecía marginal, simplemente limitado a ese 1% de casos de difícil acreditación causal, termina siendo relevante, en la medida en que se configura como una “revisión de uno de los puntos nucleares de la doctrina general del Derecho de daños, un punto del que depende la resolución de múltiples problemas”.¹⁹⁴ Más que una impugnación completa y total del sistema tradicional de atribución causal, bajo una perspectiva moderada, se trata de demostrar que aquel sistema puede no resultar idóneo para la resolución de ciertos casos

¹⁹³ Medina Alcoz, 89.

¹⁹⁴ Doménech, «La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado», 400.

complejos que, de aplicárseles los principios tal cual establecidos, implicaría dejar a víctimas en un estado de indefensión. Se trata de un cuestionamiento de la universalidad del principio binario, más que un intento de su superación. La conclusión a la que llegamos es que, si bien en la mayoría de los casos estos mecanismos tradicionales no suponen un problema, existen ciertas excepciones para los cuales no resultan del todo adecuados.

Hemos indagado, también, respecto a los posibles beneficios que podría traer la aceptación de la pérdida de la oportunidad configurada como responsabilidad proporcional, en la medida en que podrían establecerse mecanismos que propicien la seguridad jurídica, a través de la configuración de parámetros ciertos de limitación a áreas de elevada problemática causal, además del establecimiento de umbrales certeros en que se descarten probabilidades poco serias, se presuman aquellas que se acerquen a la certeza absoluta y se indemnice la probabilidad en el espectro de lo que quede en el medio.

Al respecto, también podemos concluir que, de adoptar esta postura, podría potencialmente llegarse a resultados más beneficiosos en términos de reducción del costo social de los accidentes y de incentivos disuasivos, en la medida en que se generaría una necesidad por parte de los profesionales de internalizar las consecuencias negativas para evitar la comisión de actos negligentes al verse expuestos al pago de una indemnización parcial.¹⁹⁵ En casos límite de incertidumbre causal donde se aplica la pérdida de la oportunidad, no debe ignorarse de ninguna manera sus posibles beneficios, que no solo operan en favor de un principio de cohesión interna, sino como mecanismo de distribución de riesgos entre los actores, incentivando conductas que reduzcan el costo social de los accidentes.¹⁹⁶

Con todo, queda solo esperar a que el avance que ha tenido la Corte Suprema en reconocer el problema de base que rodea a la pérdida de la oportunidad, se manifieste en una aproximación al problema desde la perspectiva de la causalidad, evitando recurrir a ficciones jurídicas para evitar el cuestionamiento de principios absolutos de la responsabilidad civil. Aquello, en función del reconocimiento de una realidad epistémica de la experiencia humana, esto es, que nos

¹⁹⁵ Michael D. Green, «The Future of Proportional Liability», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 26 de octubre de 2004), 5, <https://papers.ssrn.com/abstract=610563>; Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 76-77.

¹⁹⁶ Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 76-77.

encontramos constantemente en situaciones de incerteza, donde a lo máximo que podemos optar para formarnos una convicción es a una probabilidad. El derecho, en nuestra opinión, no debería ignorar este hecho, sino reconocerlo.

Bibliografía

Libros y artículos citados

Acharya, Nayha. «No More Chances for Lost Chances: A Weinribian Response to Weinrib». *McGill Journal of Law and Health* 12, n.º 2 (2019): 205.

Alessandri, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. 1.^a ed. Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Bárcena, Rogelio. «La causalidad en el derecho de daños». *TDX (Tesis Doctorals en Xarxa)*. Ph.D. Thesis, Universitat de Girona, 2013. <http://www.tdx.cat/handle/10803/108448>.

Barría, Rodrigo. «La pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la corte suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami de 27 de febrero de 2010». *Revista de derecho (Concepción)* 87, n.º 245 (junio de 2019): 235-69. <https://doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100235>.

Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 1. ed., Reimpr. Santiago: Ed. Jur. de Chile, 2007.

Cane, Peter. «Tort Law as Regulation». *Common Law World Review* 31 (2002): 305.

Doménech, Gabriel. «La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado». *Revista de administración pública*, n.º 176 (2008): 399-404.

Fischer, David. «Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox». *Faculty Publications*, 1 de octubre de 1993. <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/184>.

———. «Tort Recovery for Loss of a Chance». *Faculty Publications*, 1 de octubre de 2001. <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/181>.

Green, Michael D. «The Future of Proportional Liability». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 26 de octubre de 2004. <https://papers.ssrn.com/abstract=610563>.

———. «The Future of Proportional Liability». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 26 de octubre de 2004. <https://papers.ssrn.com/abstract=610563>.

Gregoraci, Beatriz. «La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)». *Anuario de derecho civil* 73, n.º 2 (2020): 807-22.

Honoré, Tony. «Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual». *Revista chilena de derecho* 40, n.º 3 (septiembre de 2013): 1073-97. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372013000300018>.

King, Joseph. «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences». *Yale Law Journal*, 1 de enero de 1981. <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/16081>.

Larroucau, Jorge. «Hacia un estándar de prueba civil». *Revista chilena de derecho* 39, n.º 3 (diciembre de 2012): 783-808. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>.

Levmore, Saul. «Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs». *The Journal of Legal Studies* 19, n.º 2 (1990): 691-726.

Makdisi, John. «Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability». *North Carolina Law Review* 67, n.º 5 (1 de junio de 1989): 1063.

Medina Alcoz, Luis. «La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha: reflexiones críticas». *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, n.º 47 (2009): 107-57.

———. *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*. Aranzadi Thomson Reuters, 2018. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=761857>.

Munita M, Renzo. «Recursos comparados relativos a la determinación del vínculo causal: un análisis centrado en eventos de responsabilidad sanitaria». *Revista chilena de derecho privado*, n.º 23 (diciembre de 2014): 209-59. <https://doi.org/10.4067/S0718-80722014000200005>.

Neira, Lilian C. San Martín, y Jorge Larrocau Torres. «El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena». *Revista de Derecho Privado*, n.º 40 (2021): 329-59. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.12>.

Oyarzún, Felipe. «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 43 (16 de septiembre de 2021): 119-47. <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.005>.

Prevot, Juan Manuel. «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil». *Revista chilena de derecho privado*, n.º 15 (diciembre de 2010): 143-78. <https://doi.org/10.4067/S0718-80722010000200005>.

Raedt, Quinten De. «Loss of a Chance in Medical Malpractice: A Double Application». *Journal of European Tort Law* 4, n.º 3 (1 de noviembre de 2013): 314-27. <https://doi.org/10.1515/jetl-2013-0021>.

Ríos, Ignacio, y Rodrigo Silva. *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. Editorial Jurídica, 2014. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/138883>.

San Martín, Lilian. «Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que presenta esta categoría de hechos dañinos». *Revista de derecho (Valdivia)* 32, n.º 2 (2019): 123-42. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502019000200123>.

San Martín, Lilian, y Jorge Larrocau. «El Razonamiento Probatorio Para El Análisis de La Causalidad En La Responsabilidad Civil: Estudio de La Jurisprudencia Chilena.» SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 15 de diciembre de 2020. <https://papers.ssrn.com/abstract=3749443>.

Tapia, Mauricio. «Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?» *Anuario Iberoamericano de derecho notarial*, n.º 4-5 (2015): 236-78.

Weinrib, Ernest. *La idea de derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, 9 de noviembre de 2017, rol n°1745-2017
- Corte Suprema, 14 de agosto de 2019, rol n°2456-2018
- Corte Suprema, 24 de abril de 2019, rol n°7108-2017
- Corte Suprema, 12 de julio de 2018, rol n°11761-2017
- Corte Suprema, 9 de noviembre de 2017, rol n°12169-2017
- Corte Suprema, 3 de abril de 2019, rol n°13129-2018
- Corte Suprema, 10 de septiembre de 2019, rol n°16923-2018
- Corte Suprema, 17 de abril de 2018, rol n°18225-2017
- Corte Suprema, 27 de febrero de 2018, rol n°21599-2017
- Corte Suprema, 25 de octubre de 2016, rol n°22751-2015
- Corte Suprema, 1 de marzo de 2018, rol n°34630-2017
- Corte Suprema, 11 de mayo de 2017, rol n°47936-2016
- Corte Suprema, 6 de noviembre de 2017, rol n°62104-2016
- Corte Suprema, 29 de agosto de 2017, rol n°101769-2016
- Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de septiembre de 2021, rol n°247-2020

Legislación citada

- Código Civil Chileno
- Código de Procedimiento Civil