

RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTRATOS

Director

HUGO A. CÁRDENAS VILLARREAL

Florencia Blumel Araya

# La pérdida de la chance en la responsabilidad médica

Doctrina y  
jurisprudencia

 rubicón  
EDITORES

*A Carmen, Fernando y Maximiliano,  
mis médicos de cabecera.*



LA PÉRDIDA DE UNA CHANCE EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

© FLORENCIA ANDREA BLÜMEL ARAYA

2022 RUBICÓN EDITORES  
[www.rubiconeditores.cl](http://www.rubiconeditores.cl)  
[contacto@rubiconeditores.cl](mailto:contacto@rubiconeditores.cl)

ISBN: 978-956-9947-53-7  
1ª edición, enero 2022  
Tiraje: 300 ejemplares  
Impresores: Maval  
Impreso en Chile / Printed in Chile

# ÍNDICE

<b>Prólogo.....</b>	<b>9</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>19</b>
<b>Panorama de la cuestión de la pérdida de una chance.....</b>	<b>19</b>
1. Los orígenes de la figura y los modelos de operación.....	19
1.1. La pérdida de una chance: una criatura jurisprudencial .....	20
1.2. Modelos de operación en el derecho comparado .....	23
2. La noción de la pérdida de una chance en Chile .....	27
2.1. Ámbito de aplicación: desde la pérdida de oportunidad de negocios a la pérdida de oportunidad de un juicio justo.....	28
2.2. La recepción dogmática: la pérdida de una chance como daño, como herramienta de facilitación probatoria de la causalidad, y la postura ecléctica .....	32
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>37</b>
<b>La pérdida de una chance de sanar o sobrevivir en Chile .....</b>	<b>37</b>
1. Los desarrollos conceptuales de la doctrina y la jurisprudencia...	38

1.1. En la doctrina: un debate en ciernes .....	38
1.1.1. La pérdida de la chance de sanar o sobrevivir: una preocupación reciente.....	39
1.1.2. Una sistematización inicial: algunas definiciones para el debate .....	44
a) Sobre el problema que viene a resolver la pérdida de una chance en el ámbito médico .....	45
b) Sobre la aceptación o rechazo de la pérdida de una chance como remedio ante la incertidumbre probatoria ...	48
<b>2. En la jurisprudencia: un tratamiento poco diferenciado .....</b>	<b>52</b>
2.1. La pérdida de chance como remedio de amplio espectro ...	53
2.1.1. Casos con bajas probabilidades de que el acto médico haya causado el daño .....	58
2.1.2. Casos con altas probabilidades de que el acto médico haya causado el daño .....	61
2.2. La legitimación activa también es amplia.....	69
2.2.1. Casos en que se indemniza a las víctimas directas .....	70
2.2.2. Casos en que se indemniza a las víctimas indirectas ...	70
2.3. El análisis de la jurisprudencia no da cuenta de una comprensión autónoma de la pérdida de una chance como daño.....	72
2.3.1. Generalmente se indemniza bajo la categoría del daño moral.....	73
2.3.2. No se aprecia una reducción considerable de la indemnización .....	77
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>87</b>
<b>Algunos problemas y desafíos de la pérdida de la chance en el actual contexto jurisprudencial.....</b>	<b>87</b>
1. Problemas relacionados con la indefinición del umbral de probabilidades .....	87

1.1. El problema de la infra-cobertura sistemática de daños en casos médicos .....	88
1.2. El problema de la función de la indemnización por pérdida de una chance .....	94
1.3. El problema de la desigualdad de trato de los pacientes ante la ley .....	98
<b>2. Problemas relacionados con la falta de ajuste de las indemnizaciones por pérdida de una chance y su comprensión dentro de la categoría del daño moral.....</b>	<b>99</b>
2.1. El problema de la inconsistencia con el principal efecto de la formulación teórica de la pérdida de una chance .....	100
2.2. El problema de la indefensión relacionado con la indemnización a título de daño moral .....	101
2.3. El problema de la sobre-indemnización en casos de bajas probabilidades .....	103
<b>Conclusiones.....</b>	<b>105</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>109</b>
<b>Jurisprudencia citada .....</b>	<b>117</b>



## PRÓLOGO

Es un lugar común hablar de “pérdida de la chance” o “pérdida de la oportunidad” cuando “el demandado ha privado culpablemente al demandante de una probabilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida”.<sup>1</sup> En una primera aproximación, se puede decir que la categoría conceptual emergió en la fase expansiva del derecho de la responsabilidad civil para justificar la procedencia de una indemnización en casos en que la tradicional comprensión de la “certeza”, normalmente, lo impide.

La noción fue utilizada por primera vez en un fallo de la Corte de Casación francesa de 17 de julio de 1889 que condenó a un oficial ministerial a indemnizar la pérdida de la chance del actor de ganar un juicio debido a que, por culpa del demandado, el demandante se vio impedido de proseguir un procedimiento. En el Reino Unido, *Chaplin v. Hicks*<sup>2</sup> es el primer caso en que se utiliza la doctrina. En los hechos, una participante de un concurso de belleza, cuyo premio era un importante contrato de modelaje, no fue notificada de la fecha de la final. A pesar de que la defensa argumentó que no era procedente otorgar una indemnización porque no se podía saber si la concursante preterida habría ganado el concurso de haber concurrido a la final, el tribunal condenó a los organizadores al considerar que se le había privado de la chance de ganarlo.

---

1 BURROWS (2019), p. 58.

2 [1911] 2 KB 786.



A partir de los casos referidos, la doctrina de la pérdida de la oportunidad se ha extendido con éxito variable hacia la jurisprudencia de los ordenamientos que reciben la influencia del derecho francés y del derecho inglés; aunque -hasta la fecha-, solo ha sido consagrada legislativamente en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina, que empezó a regir en el año 2016.<sup>3</sup> No obstante lo anterior, en los ordenamientos pertenecientes al círculo de derecho germánico (como, p. e., el derecho Sueco, el derecho Suizo, o el derecho Alemán), la noción de la pérdida de las oportunidades ha sido resistida legislativamente y rechazada por la jurisprudencia de los tribunales.<sup>4</sup>

Se trata de una herramienta conceptual que ha sido creada por la jurisprudencia para validar el otorgamiento de partidas indemnizatorias en casos que, por un lado, presentan problemas de corte epistemológico (p. e., exclusión indebida de concursos, negligencias de abogados); y, por otro, concurren razones de orden político-institucional que desaconsejan el rechazo de la reclamación.

En el derecho chileno, sin perjuicio de algunas excepcionales pero valiosas referencias doctrinales en obras generales y artículos exploratorios,<sup>5</sup> el tema prácticamente había pasado desapercibido hasta la publicación

---

3 A nivel europeo, el *Project de Reforme de la Responsabilidad Civile* de 2017 que pretende modificar el *Code Civil* incorpora la categoría en su artículo 1238.

El llamado Código Europeo de los Contratos (art. 163) se recibe la categoría respecto de los incumplimientos contractuales, refiriendo que forma parte de la más amplia categoría del lucro cesante.

Adicionalmente, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL por sus siglas en inglés) contempla una regla (3:106) que trasluce una concepción proporcional de la causalidad y, aunque no menciona expresamente la categoría, el artículo aparece seguido de una nota de Jaap Spier en el que puntualiza que el concepto de pérdida de chance es el que inspira el artículo, pero que la comisión decidió no pronunciarse sobre si en base al artículo referido cabe aplicar la teoría de la pérdida de la chance en tanto que no se ha logrado consenso sobre este punto.

4 MÄSCH (2004).

5 DOMÍNGUEZ (1990); CORRAL (2003); CONTARDO (2005); BARROS (2006); DE LA MAZA (2010); TAPIA (2012); MUNITA (2014).

de la monografía de Ignacio Ríos y Rodrigo Silva.<sup>6</sup> En cuanto a la jurisprudencia, hubo que esperar hasta el 03 de diciembre de 2015 para que la Corte Suprema de Chile dictara la primera sentencia en la que razona en términos explícitos en torno a la noción de la pérdida de la chance.<sup>7</sup>

Desde entonces, el uso jurisprudencial de la herramienta (sobre todo en la Sala Tercera) ha venido creciendo de tal manera que, en nuestra opinión, se puede decir que se trata de la más notoria irrupción de una doctrina en la historia de la jurisprudencia chilena. A tan sólo 6 años de su llegada a la Corte, la noción ha sido utilizada en los más diversos ámbitos. En efecto, el recurso a la categoría se ha utilizado para resolver casos vinculados con desastres naturales (terremoto y tsunami del 2010),<sup>8</sup> con la omisión de la presentación de recursos procesales por parte de abogados,<sup>9</sup> con la exclusión indebida de licitaciones públicas,<sup>10</sup> con la exclusión de un proceso de selección laboral,<sup>11</sup> con reclamos por no pago de pensiones de alimentos,<sup>12</sup> con reclamos por incumplimientos contractuales,<sup>13</sup> y hasta con reclamos contra el Ministerio Público por privar a las víctimas de la chance de un juicio justo.<sup>14</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe ninguna duda que es en el ámbito de la responsabilidad médica en donde mayoritariamente se ha recurrido a la pérdida de la chance para resolver reclamaciones de indemnizaciones

---

6 Ríos y SILVA (2014).

7 *Vásquez con Hospital Van Buren* (2015).

8 *Escalona con Fisco de Chile* (2017); *Lefiqueo con Fisco de Chile* (2017); *Pinto con Fisco de Chile* (2018); *Nuñez con Fisco de Chile* (2018); *Cheuquelin con Fisco de Chile* (2018); y *Rivera con Fisco de Chile* (2019).

9 *Poblete con Corporación de Asistencia Judicial* (2017).

10 *Sociedad Comercial e Industrial Titanium limitada con Instituto Nacional del Deporte* (2015), considerando 4º.

11 *Marchant con Banco de Chile* (2017).

12 *Fierro con Colinas* (2017).

13 *Anfossi con Banco de Chile* (2021).

14 *Hagan con Consejo de Defensa del Estado* (2020).

en contra de los Servicios de Salud. Y es en este contexto en el que se puede afirmar, que no pudo haber un momento más oportuno para que se publicara el libro de Florencia BLÜMEL que aquí les presento.

Se trata de una monografía sobre la noción de la pérdida de la chance en casos de responsabilidad civil médica donde la autora ordena el debate doctrinal, y analiza exhaustivamente la jurisprudencia que sobre el tema se ha vertido en nuestro medio. Desde una posición que, en lo medular comparto, la autora se muestra especialmente crítica con una jurisprudencia que no logra explicitar los criterios básicos de aplicación de una doctrina que, hoy en día, utiliza profusamente. También acierta cuando hace ver que la utilización caótica de la herramienta puede generar graves afectaciones al principio de igualdad ante la ley de los pacientes/demandantes; así como al derecho a defensa de los demandados.

A mi juicio, el trabajo que el lector tiene en sus manos tiene, al menos, otros tres importantes méritos que no se pueden dejar de resaltar.

En primer lugar, estamos ante una obra que analiza exhaustiva y rigurosamente las fuentes primarias y secundarias del derecho nacional, sin descuidar las fuentes más relevantes que se observan en el derecho comparado. Por cierto, que dado el marcado carácter jurisprudencial de la doctrina de la pérdida de la chance, no puedo dejar de mencionar aquí el exquisito tratamiento metodológico que se le dio a lo “totalidad” de los casos que, hasta el momento en que se envió el manuscrito, habían sido resueltos mediante una sentencia de la Corte Suprema de Chile.

Y es que mucho más allá de una “recopilación de sentencias” o de la “extracción” acrítrica y descontextualizada del considerando poco feliz (¡hay que decirlo!) que se repite inexorablemente en prácticamente todos los fallos que salen de la Sala Tercera, el trabajo de BLÜMEL ausculta la jurisprudencia a través de categorías que propone con fundamento en la teoría. Se va revelando en cada tópico la “regla de la experiencia jurídica”, desde la cual -al menos en nuestra opinión- deben elaborarse y criticarse los conceptos jurídicos con los que se pretenda controlar una actividad y un razonamiento de tipo práctico, como lo es la práctica jurídica y el razonamiento jurídico.

En segundo lugar, respecto del encuadre de la categoría, este trabajo tiene el mérito de evitar tomar partido *ex-ante* respecto de la cuestión en torno a si la pérdida de una chance debe ser considerada una partida indemnizatoria autónoma. Y ello es meritorio porque demuestra algo que normalmente no es advertido suficientemente por los trabajos que se han dedicado al tema en nuestro medio: que prácticamente en todos los casos que se ha recurrido a la noción de la pérdida de una chance en materia médica, la jurisprudencia “afirma expresamente” que está resolviendo un problema causal.

Por supuesto que lo referido en el párrafo precedente no significa que la noción o categoría de la pérdida de una oportunidad no pueda ser explicada en sede de daño; pero si permite dudar de que la única explicación posible sea en esa sede. Al respecto, aunque me parece que en la mayoría de los casos de responsabilidad médica que se han visto en Chile la utilización de la noción de la pérdida de la chance se puede explicar mejor en sede causal (como un razonamiento presuntivo del vínculo causal); también me parece que hay algunos casos (p. e., los de pérdida de probabilidades de mejora en tratamientos de cáncer debido a un diagnóstico tardío) en los que esa pérdida de probabilidades se explica mejor desde la noción de daño.

Por lo dicho, me parece que es un importante mérito de este trabajo haber alumbrado esta circunstancia. Sin duda muestra otros caminos posibles que, como tales, deben ser explorados en posteriores investigaciones.

En tercer lugar, y he aquí los mayores aportes del trabajo, BLÜMEL muestra las inconsistencias de la jurisprudencia nacional con la formulación teórica de la doctrina de la pérdida de una chance que la propia Corte parece utilizar, si atendemos a las referencias doctrinales que se repiten en los distintos fallos. Así, por poner tan sólo un ejemplo, si bien se advierte que se recurre a la categoría para otorgar una indemnización (o para rechazar un recurso que cuestiona la causalidad), en los fallos no se verifica el principal efecto de la formulación teórica que parece seguir la Corte, esto es, la reducción del monto de la indemnización.

Lo anterior es una contribución concreta e importante, porque muestra a los tribunales de justicia los aspectos que deben corregir para hacer un

uso más racional de la categoría de acuerdo a los presupuestos teóricos que declaran estar utilizando o, en su caso, los pone sobre aviso de que, para mantener las soluciones que están ordenando (no reducción de la indemnización), deben modificar sus fundamentos conceptuales (se trataría de un razonamiento que permite presumir la causalidad). En ambos casos se ganaría en racionalidad, lo que definitivamente sería un avance respecto del uso, más bien descontrolado, que hoy se le da a la categoría.

Por último, no puedo dejar de mencionar que este libro es tributario de la mejor tradición académica de la Universidad de Chile, pues tuvo su origen en la tesis de licenciatura que Florencia BLÜMEL realizó bajo la dirección del profesor Mauricio TAPIA, y hoy se inserta dentro de la línea de investigación del FONDECYT de Iniciación N° 11201117 (La teoría de la pérdida de la chance en el derecho chileno de daños), del cual soy investigador responsable.

Me parece que estamos ante el mejor trabajo monográfico que, hasta la fecha, se puede encontrar en el medio nacional sobre la pérdida de una oportunidad en materia médica; y me parece que se trata de un material de lectura obligada para jueces, abogados, estudiantes y, en general, para todas las personas que se interesen por los desarrollos del Derecho de Daños contemporáneo.

Hugo A. Cárdenas Villarreal  
Cambupal, noviembre de 2021.

# INTRODUCCIÓN

En la medida en que la disciplina de la responsabilidad civil médica se ha ido desarrollando, los principales focos de discusión se han ido trasladando desde el factor de atribución (generalmente representado por la culpa en esta área) hacia el requisito del daño y, últimamente, hacia la relación de causalidad. De allí que no es extraño que las últimas innovaciones teórico conceptuales, tan propias de esta verdadera subespecialidad de la responsabilidad civil, haya que buscarlas en los desarrollos en torno a estos dos requisitos estructurales.

Es precisamente entre estos dos requisitos donde se sitúa la doctrina que hemos elegido como el tema de esta investigación: la llamada teoría de la pérdida de una chance. Como se verá en extenso, esta noción se ubica entre los dos referidos requisitos porque es una teoría que tenderá a ser aplicada en aquellos casos en que no pueda asegurarse (o al menos no de forma cierta) que la acción u omisión médica fue la causa o, al menos, la única causa del daño objeto de reclamación. Se dirá entonces que si bien no hay certeza respecto de lo anterior, sí la hay respecto de que la acción u omisión médica ha privado al paciente de una chance de sanar o sobrevivir; y que esa oportunidad perdida (respecto de la cual sí hay conexión causal cierta) constituye un nuevo daño indemnizable (un daño que sí será cierto y no eventual).

En Chile, el problema referido no fue analizado por la doctrina sino hasta hace poco tiempo, pero puede verse que en los últimos años la Corte Suprema ha comenzado a utilizar la pérdida de una chance para resolver aquellos casos en los que se considera que no existe certeza respecto a la

existencia de una relación de causalidad entre el acto médico negligente y el daño final. En los últimos cinco años ya se pueden identificar 37 casos en los que el máximo tribunal ha hecho uso de la noción para resolver casos de responsabilidad civil médica.<sup>15</sup> Este crecimiento exponencial en el uso de la noción ya ha sido notado por parte de la doctrina nacional que, incluso, ha llegado a sostener que es una de las nociones más utilizadas por la jurisprudencia en la última década.<sup>16</sup>

Ahora bien, esta creciente utilización no se encuentra exenta de dificultades. Una rápida mirada a la forma en que la jurisprudencia ha hecho aplicación de la pérdida de una chance revela varios problemas, donde la mayoría de ellos se encuentra vinculada a la falta de control en la utilización de la noción. Esto se evidencia, a modo de ejemplo, en que hipótesis fácticas similares son resueltas de forma diferente, permitiéndonos observar casos que han sido resueltos sin la utilización de la pérdida de una chance como criterio (acreditando completamente el vínculo causal), mientras que otros, a pesar de no observarse en los

---

15 Véase los siguientes casos resueltos por la Corte Suprema: *Rodríguez con Servicio de Salud de Talcahuano* (2015); *Sarabia con Servicio de Salud de Iquique* (2016); *Anabalón con Servicio de Salud de la Araucanía* (2016); *Vázquez con Servicio de Salud de Coquimbo* (2016); *Fontalba con Secretaría Regional de Salud del Bío Bío* (2017); *Pérez con Servicio de Salud de Osorno* (2017); *Ortiz con Hospital Luis Tisné* (2017); *Contreras con Servicio de Salud de Concepción* (2017); *Pérez con Servicio de Salud de Antofagasta* (2017); *Morales con Hospital Regional de Talca* (2017); *Corvalán con Servicio de Salud Metropolitano Occidente* (2017); *Ascencio con Hospital Padre Hurtado* (2017); *Vera con Fisco de Chile* (2017); *Quilodrán con Servicio de Salud de Concepción* (2017); *Loayza con Servicio de Salud Metropolitano Oriente* (2018); *Beltrán con Servicio de Salud de Talcahuano* (2018); *Carvacho con Hospital Regional de Rancagua* (2018); *Fuentealba con Servicio de Salud de Talcahuano* (2018); *Méndez con Corporación de Salud de San Bernardo* (2018); *Sepúlveda con Clínica Universitaria Concepción S.A.* (2018); *Tordoya con Hospital Luis Tisné* (2018); *Gómez con Servicio Metropolitano Oriente* (2018); *Aguilera con Hospital de Quilpué* (2019); *Leal con Servicio de Salud Metropolitano* (2019); *Vera con Hospital San Martín de Quillota* (2019); *Valdés con Servicio de Salud de Aconcagua* (2019); *Toledo con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota* (2019); *Marín con Hospital Regional de Antofagasta* (2019); *Araneda con Corporación de Salud de San Miguel* (2019); *Rojas con Hospital Regional de Antofagasta* (2020); *Cisternas con Fisco de Chile* (2020); *Andrades con Hospital Regional Guillermo Grantt Benavente* (2020); *Zuleta con Clínica Antofagasta* (2020); *Franzinetti con Hospital Clínico Fuerza Aérea* (2020); *Barbe con Servicio de Salud Metropolitano Central* (2020), y *Moya con Servicio de Salud de Ñuble* (2021).

16 CÁRDENAS (2019), p. 1028.

hechos diferencias relevantes, son resueltos haciendo aplicación de la pérdida de una chance.

En este contexto, el objetivo de esta investigación es realizar un análisis cabal de la utilización del criterio de la pérdida de una chance de sanar o sobrevivir en nuestro país. Para lo anterior, luego de realizar una sucinta revisión del reconocimiento general de la noción en el ámbito chileno y comparado, en primer lugar, revisaremos la doctrina nacional que se ha referido al tema, y en segundo lugar, revisaremos la forma en que la jurisprudencia nacional ha hecho uso de la pérdida de una chance en los casos médicos. No obstante lo anterior, el énfasis de este trabajo se pondrá en el análisis de la jurisprudencia, realizando una descripción de la forma en que nuestros tribunales parecen estar entendiendo la pérdida de una chance.

Todo lo anterior nos permitirá mostrar que la manera en que la jurisprudencia utiliza la pérdida de una chance parece no condecirse con los postulados teóricos que, hasta la fecha, ha formulado la doctrina; y que, a la vez, es necesario identificar y resolver los problemas que parece presentar su uso, para que la pérdida de una chance sea efectivamente una herramienta que sirva para garantizar los derechos de los pacientes.

Para lograr lo anterior, este trabajo ha sido dividido en tres capítulos. En el Capítulo I se trata el problema de la pérdida de una chance en general, revisando de forma sintética sus orígenes, sus principales modelos de aplicación en el derecho comparado, y la recepción de la noción tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional. En el Capítulo II se analiza el problema de la pérdida de la chance en el específico ámbito de la responsabilidad civil médica. En este capítulo el lector encontrará una sistematización de la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia nacional que hasta la fecha se ha referido a la materia. Finalmente, en el Capítulo III se identifican y analizan los problemas y desafíos que plantean la forma en que se ha venido aplicando la pérdida de una chance de sanar o sobrevivir en la jurisprudencia de los tribunales de justicia.

Desde el punto de vista metodológico, aunque se revisaron y citaron las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales más relevantes de las principales



familias jurídicas, dado el objetivo declarado, esta investigación se realizó fundamentalmente en base a la doctrina y jurisprudencia nacional.

Con respecto a la doctrina, creemos haber dado cuenta de la posición de todos los autores que, en el ámbito nacional, se han referido a la pérdida de una chance de manera general o particular.

Respecto de la jurisprudencia, se analizaron todos y cada uno de los casos en que los tribunales nacionales se han referido a la pérdida de la chance en materia médica, y que se encuentran con sentencia firme. El levantamiento jurisprudencial se realizó revisando diariamente las sentencias que la Corte Suprema sube a su página del Poder Judicial, desde diciembre de 2015 hasta el 15 de enero de 2021. Lo anterior fue complementado con una indagación adicional en los principales motores nacionales de búsqueda de jurisprudencia (principalmente *VLex* y *Microjuris*).

Finalmente, no puedo terminar esta introducción sin agradecer al profesor Mauricio Tapia, quien fue el profesor guía de la memoria de licenciatura que da origen a este trabajo. También al profesor Hugo Cárdenas, por compartir conmigo importantes fuentes del Fondecyt de Iniciación N° 11201117, que se encuentra desarrollando sobre esta materia, y también por haber discutido y criticado muchos de los planteamientos que se encuentran en este trabajo.