

# ÍNDICE

<i>Prólogo</i> .....	9
<i>Introducción</i> .....	15

## PRIMERA PARTE

### CONSIDERACIONES EN TORNO A LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

#### *Capítulo I*

#### ¿QUÉ ENTENDEMOS POR PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD?

1. Ejemplos clásicos de pérdida de oportunidades .....	21
2. Pérdida de la oportunidad: precisiones conceptuales, definición y términos afines .....	24
2.1. Interés de la cuestión .....	24
2.2. "Chance" y "pérdida de la chance" .....	25
2.2.1. Las expresiones "chance" y "pérdida de la chance" en doctrina nacional y extranjera .....	25
2.2.1.1. Doctrina chilena .....	26
2.2.1.2. Doctrina argentina .....	27
2.2.1.3. Doctrina francesa .....	31
2.2.1.4. Doctrina española .....	32
2.2.1.5. Doctrina peruana .....	32
2.2.1.6. Doctrina colombiana .....	33
2.2.1.7. Doctrina paraguaya .....	33
2.2.2. Reparos a las definiciones doctrinarias de la voz "chance" y de la locución "pérdida de la chance" .....	34
2.2.3. Etimología y significado de la voz "chance" .....	36
2.2.4. Nuestra posición: la univocidad del galicismo "chance" .	38



2.2.5. Elementos de una "chance" . . . . .	38
2.3. Chances y riesgos: las dos caras de la oportunidad . . . . .	40
2.3.1. Precisión terminológica, semejanzas y diferencias . . . . .	40
2.3.2. Repercusiones: de la teoría de la pérdida de la chance a la teoría de la pérdida de la oportunidad . . . . .	43
2.3.3. Riesgo como contracara de la pérdida de la oportunidad . . . . .	45
3. Conclusiones al Capítulo I . . . . .	47

*Capítulo II*

EL FENÓMENO DE LA OPORTUNIDAD

1. Consideraciones previas . . . . .	49
2. ¿Qué es una oportunidad? . . . . .	50
3. ¿Cuándo se tiene una oportunidad? Distinciones entre lo posible y lo probable . . . . .	51

*Capítulo III*

LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD Y LOS ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL . . . . .	55
--	----

*Capítulo IV*

HIPÓTESIS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES

1. Pérdida de la oportunidad en juegos de azar, competencias deportivas y concursos . . . . .	59
2. Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad del abogado . . . . .	61
3. Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica: chance de curación y sobrevida . . . . .	64
4. Pérdida de la oportunidad en el derecho de familia . . . . .	68
4.1. Chance matrimonial . . . . .	69
4.2. Compensación económica . . . . .	70
4.2.1. Consideraciones previas . . . . .	70
4.2.2. Doctrina de la compensación económica como pérdida de la oportunidad laboral . . . . .	71
4.2.3. Jurisprudencia de la compensación económica como pérdida de la oportunidad laboral . . . . .	73
4.2.4. Alcances recíprocos entre la compensación económica y la pérdida de la oportunidad . . . . .	76



5. Pérdida de la oportunidad en otros casos .....	78
Conclusiones a la Primera Parte .....	79

SEGUNDA PARTE

TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

Recapitulación y consideraciones previas .....	83
--	----

*Capítulo I*

ORIGEN DEL CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL EN EL DERECHO COMPARADO

1. Orígenes de la teoría .....	85
2. Tendencias jurisprudenciales en el derecho comparado .....	88
2.1. Aplicación expresa y extendida .....	88
2.2. Aplicación restringida .....	89
2.3. Negación en su aplicación .....	89

*Capítulo II*

EL DAÑO Y LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

1. Introducción .....	91
2. La teoría ontológica o autonomista de la pérdida de la oportunidad .....	92
2.1. Contextualización y surgimiento .....	92
2.2. Clasificación y explicación de la teoría ontológica .....	98
2.2.1. Esquema de estudio .....	98
2.2.2. Teoría ontológica del perjuicio patrimonial .....	99
2.2.2.1. Teoría ontológica moderada .....	99
2.2.2.2. Teoría ontológica radical .....	102
2.2.3. Teoría ontológica del perjuicio extrapatrimonial .....	105
2.2.3.1. Clasificación de la teoría ontológica del perjuicio extrapatrimonial según el objeto del daño .....	106
2.2.3.1.1. Teoría ontológica del perjuicio extrapatrimonial parcelado .....	107
2.2.3.1.2. Teoría ontológica del perjuicio extrapatrimonial unitario .....	107
2.2.3.2. Clasificación de la teoría ontológica del perjuicio extrapatrimonial según el criterio de evaluación del daño .....	109
2.3. Comentarios finales .....	109



3.	Naturaleza jurídica del daño por pérdida de la oportunidad a la luz de los postulados de la teoría ontológica o autonomista . . . . .	110
3.1.	Consideraciones previas . . . . .	110
3.2.	La pérdida de la oportunidad como daño emergente . . . . .	111
3.3.	La pérdida de la oportunidad como lucro cesante . . . . .	115
3.4.	La pérdida de la oportunidad como daño extrapatrimonial . . . . .	118
3.5.	La naturaleza del daño por pérdida de la oportunidad depende de la ventaja esperada . . . . .	120
3.6.	La pérdida de la oportunidad como daño autónomo o independiente . . . . .	123
4.	Razonamientos a partir de una concepción ontológica de la oportunidad: análisis crítico de la teoría autonomista . . . . .	125
4.1.	Introducción . . . . .	125
4.2.	Concepto de daño y su relación con la pérdida de la oportunidad . . . . .	126
4.2.1.	Consideraciones previas e interés de la cuestión . . . . .	126
4.2.2.	Definiciones doctrinarias del daño . . . . .	127
4.2.2.1.	Aproximaciones . . . . .	127
4.2.2.2.	Definición amplísima . . . . .	127
4.2.2.3.	Definición restringida y posiciones intermedias . . . . .	129
4.2.3.	Comentario a las definiciones doctrinarias de daño: noción jurídica y requisitos de resarcibilidad . . . . .	130
4.2.4.	Nuestra posición. Repercusiones . . . . .	132
4.3.	Certidumbre del daño y teoría de la pérdida de la oportunidad . . . . .	134
4.3.1.	Consideraciones previas . . . . .	134
4.3.2.	Certidumbre del daño y su relación con algunas clasificaciones de perjuicios . . . . .	135
4.3.2.1.	Justificación del apartado . . . . .	135
4.3.2.2.	Daño cierto y daño eventual . . . . .	137
4.3.2.2.1.	La pérdida de la oportunidad como daño cierto . . . . .	138
4.3.2.2.2.	La pérdida de la oportunidad como daño incierto o eventual . . . . .	141
4.3.2.2.3.	Reparación eventual de daños eventuales . . . . .	143
4.3.2.3.	Daño actual, daño futuro y certidumbre . . . . .	144
4.3.2.3.1.	Relación de esta clasificación con la teoría de la pérdida de la oportunidad . . . . .	147
4.3.2.4.	Daño emergente, lucro cesante y certidumbre . . . . .	148
4.3.2.4.1.	Relación de esta clasificación con la teoría de la pérdida de la oportunidad . . . . .	151



4.3.2.5. Daño patrimonial, daño extrapatrimonial y certidumbre .....	152
4.3.2.5.1. Relación de esta clasificación con la teoría de la pérdida de la oportunidad .....	154
4.3.3. Reflexiones finales en torno al principio de la certidumbre .....	157
4.3.3.1. Complejidades aparejadas al principio de la certidumbre del daño .....	157
4.3.3.2. Nuestra posición: hacia el abandono del principio de la certeza absoluta .....	163
5. Conclusiones al Capítulo II .....	165

*Capítulo III*

LA CAUSALIDAD Y LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

1. Introducción .....	167
2. Ámbito de aplicación: hipótesis de causalidad material incierta .	168
2.1. Generalidades .....	168
2.2. Causalidad natural incierta .....	169
2.2.1. Importancia de la causalidad natural .....	169
2.2.2. Umbrales de certidumbre .....	170
2.2.3. Soluciones ante supuestos de causalidad incierta ....	173
2.2.3.1. Teoría del todo o nada .....	175
2.2.3.1.1. Presunciones .....	177
2.2.3.1.2. Teoría del incremento del riesgo o causalidad atenuada .....	177
2.2.3.2. Teoría de la causalidad probabilística: acercamiento a la doctrina de la pérdida de la oportunidad .....	178
2.2.3.2.1. Manifestación general de la teoría causal probabilística .....	179
2.2.3.2.2. Manifestaciones específicas de la teoría causal probabilística: pérdida de la oportunidad .....	180
2.3. Teorías normativas de la causalidad y pérdida de la oportunidad .....	182
3. Pérdida de la oportunidad como manifestación específica de la responsabilidad proporcional .....	183
3.1. Planteamiento .....	183
3.2. Principales exponentes y consagración legislativa .....	184
3.3. Tratamiento nacional .....	186

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336



3.3.1. Aplicación indebida de la teoría ante supuestos de causalidad incierta . . . . .	187
3.3.2. Aplicación apropiada en sede de causalidad . . . . .	189
3.4. Requisitos de la teoría de la pérdida de la oportunidad desde la causalidad . . . . .	192
3.4.1. Primer requisito: incertidumbre causal estricta o seria . . . . .	192
3.4.2. Segundo requisito: incertidumbre causal irreversible o inexorable . . . . .	193
3.4.3. Tercer requisito: incertidumbre causal intrínseca . . . . .	194
3.4.3.1. Posturas de la doctrina . . . . .	194
3.4.3.2. Nuestra opinión . . . . .	197
3.5. Críticas a la teoría de la pérdida de la oportunidad como daño . . . . .	199
3.5.1. Oportunidad como daño patrimonial . . . . .	199
3.5.1.1. Crítica ante las probabilidades bajas . . . . .	201
3.5.1.2. Críticas a su naturaleza jurídica de daño emergente . . . . .	201
3.5.2. Oportunidad como daño moral . . . . .	202
4. Conclusiones al Capítulo III . . . . .	203
Conclusiones a la Segunda Parte . . . . .	205

TERCERA PARTE

LINEAMIENTOS PARA LA APLICACIÓN  
DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD  
EN NUESTRO PAÍS

Introducción . . . . .	209
------------------------	-----

*Capítulo I*

SITUACIÓN EN CHILE. DIAGNÓSTICO Y RAZONES  
DEL RECHAZO DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE  
LA OPORTUNIDAD EN NUESTRO PAÍS

1. Consideraciones previas . . . . .	211
2. La teoría de la pérdida de la oportunidad en Chile . . . . .	212
3. Memoria de prueba de 1973 . . . . .	216
4. La teoría de la pérdida de la oportunidad en nuestra jurisprudencia. Tránsito desde el desconocimiento absoluto hasta el reconocimiento reciente . . . . .	218
4.1. Introducción . . . . .	218
4.2. Primera etapa: fallos que resuelven sobre la base de probabilidades, pero con pleno desconocimiento de la teoría de la pérdida de la oportunidad . . . . .	219

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336



4.3. Segunda etapa: fallos en que, habiendo las partes invocado la pérdida de la oportunidad, no se obtiene pronunciamiento del tribunal a este respecto	229
4.4. Tercera etapa: primeros fallos en analizar la teoría de la pérdida de la oportunidad	233
4.5. Cuarta etapa: primeros fallos en reparar la pérdida de una oportunidad	237
5. Conclusiones al Capítulo I	245

*Capítulo II*

LINEAMIENTOS PARA SU APLICACIÓN EN CHILE

1. Premisa: el derecho y las oportunidades	247
2. Particularidades de la pérdida de la oportunidad	249
2.1. Diferencias con los tipos tradicionales de daño patrimonial	249
2.1.1. Daño emergente y pérdida de la oportunidad: ¿género y especie? Nuestra posición	249
2.1.2. Lucro cesante y pérdida de la oportunidad: similitudes y diferencias	250
2.2. Naturaleza jurídica y objeto	254
2.2.1. Comentarios sobre las posiciones doctrinarias que existen respecto de la naturaleza jurídica del daño por pérdida de la oportunidad	256
2.2.2. Toma de posición: la pérdida de la oportunidad como categoría funcional del daño	257
2.3. Rol del principio de la certidumbre en la pérdida de la oportunidad	259
3. Nuestra definición	262
3.1. Definición sintética y definición extensa	262
a. Definición sintética	262
b. Definición extensa	262
3.2. Elementos de nuestra definición	262
4. Requisitos	264
4.1. Ingreso de la oportunidad al estado actual del sujeto	264
4.2. Certeza respecto de la existencia de la oportunidad	264
4.3. Existencia de álea en la oportunidad	265
4.4. Oportunidad irreversible	265
4.5. Incertidumbre del resultado final	266
5. Reparación	267
5.1. Criterio general: se repara la oportunidad, y no el daño final	268
5.2. Criterios o reglas específicas	268



5.2.1. Criterio matemático-estadístico de las probabilidades .	269
5.2.1.1. Ley de Laplace . . . . .	269
5.2.1.2. Probabilidad estadística . . . . .	270
5.2.1.3. Teorema de Bayes . . . . .	271
5.2.2. Criterio judicial: estimación prudencial de la oportu- nidad . . . . .	272
6. Conclusiones al Capítulo II . . . . .	274
Conclusiones a la Tercera Parte . . . . .	276
Conclusiones finales . . . . .	279
<i>Bibliografía</i> . . . . .	283
<i>Jurisprudencia consultada</i> . . . . .	294

