



LA VISIÓN DE LA PÉRDIDA DE UNA CHANCE, COMO SUBESPECIE DE DAÑO

ARTÍCULO ORIGINAL

MELO FILHO, Antônio Furtado¹

MELO FILHO, Antonio Furtado. **La visión de la pérdida de una chance, como subespecie de daño.** Revista Científica Multidisciplinaria Núcleo de Conocimiento. Año. 07, Ed. 10, Vol. 03, Pág. 85-101. Octubre 2022. ISSN: 2448-0959, Enlace de acceso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/ley/perdida-de-una-chance>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/ley/perdida-de-una-chance

RESUMEN

La visión de la pérdida de la chance, como subespecie de daño, no es efectivamente declarada por los juristas y adoctrinadores, pero es en ese aspecto que se contradicen y por lo tanto proponemos esa visión alternativa como forma de unificación de los pensamientos para aclarar la positivación del tema. Iniciamos hablando sobre el Daño configurado como la pérdida de la chance, siendo que en la legislación brasileña se encuentra inserto en el instituto de la responsabilidad civil, pero su nacimiento ocurrió en Europa y se originó de entendimientos jurisprudenciales, aunque éstos no lo definan en su plenitud, que a veces le concede una apariencia autónoma de daño y en otras ocasiones aparenta una subespecie de daño. El tema no es muy antiguo, se encuentra en desarrollo desde mediados del siglo XIX, de cierta forma contemporánea, no es muy polémico y es ampliamente conocido por juristas, adoctrinadores y demás operadores del derecho, sin embargo, en la práctica, en su exégesis no es efectivamente utilizado. Así, el objetivo de este artículo es aclarar estas cuestiones y proponer una visión diferenciada sobre el tema.



Palabras clave: Pérdida, Chance, Subespecie, Híbrido, Daño.

1. DONDE SITUAR LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD EN EL DERECHO.

En Brasil la Responsabilidad está prevista de la Parte Especial en el Título Derecho de las Cosas, a partir del art. 966 hasta el 1.195 y siguientes del Código Civil y se divide en dos Sistemas:

1 - Sistema Objetivo (Teoría del Riesgo) en cuyo elemento culpa puede ser dispensado, se admite la reparación del daño por la previsión legal y por el desarrollo de actividades no eventuales que traen el riesgo al derecho de terceros, más conocida como riesgo del negocio.

2 - Sistema Subjetivo (Teoría de la Culpa), en cuya culpa es indispensable para caracterización del daño y, según Pablo de Paula Saul Santos (2012), está compuesta por cuatro elementos de la responsabilidad civil, que son: I - la conducta del agente, por acción u omisión; II - la existencia de un daño indemnizable; III - el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño; y, IV - la Culpa (lato sensu), contractual y extracontractual (aquiliana).

A nuestro ver es importante identificar qué tipos de daños que son más conocidos y utilizados en la actualidad, así que empezamos por identificarlos abajo, y, más comúnmente encontramos el daño clasificado en tres tipos distintos cuales sean:

1 - Daño material alcanza el patrimonio del lesionado, se divide en: I - daños emergentes causados por la conducta; y, II - ganancias cesantes todo lo que se ha dejado de obtener o de beneficiarse.

2 - Daño moral es fuera de balance, alcanza bienes inherentes a la personalidad del lesionado, con predominante entendimiento de que tanto la persona física como la jurídica pueden ser sujetos pasivos, pero hay salvedad en cuanto a la



persona jurídica de derecho público, la cual se entiende no poder figurar en el polo pasivo, por lo que no puede ser titular de ese derecho.

3 - Daño estético es una lesión personalísima contra el cuerpo del lesionado y su integridad física, la cual provoca un daño a su belleza, comprometiendo la armonía corpórea, aunque temporal, no definitiva, capaz de provocar el afeamiento, el disgusto y el sentimiento de inferioridad.

En la actualidad, se identifican otros tres tipos de daño, a saber:

1 - Daño existencial surgió en Europa e involucra la protección de la existencia y de los proyectos de vida de la persona humana, el cual frustra las expectativas en cuanto a los objetivos de realizaciones personales, por lo que no corresponde a las personas jurídicas.

2 - Daño social es un daño a la sociedad, la colectividad en general con pérdidas reparables difiere del daño moral colectivo que se aplica en función del derecho de la personalidad de determinadas personas o determinables. Así el daño social sólo puede ser requerido por los legitimados legalmente para proponer acciones colectivas.

3 – Daño de la pierda de una chance es una lesión personalísima ocasionada por tercero, el cual genera la pérdida de una oportunidad, una ganancia patrimonial o moral, derivada de una posibilidad real y concreta, cuya situación más ventajosa sería alcanzada si no era la ocurrencia del acto ilícito.

Como podemos observar la cuestión del daño no es tan simple y su complejidad reside en su amplitud y en la interpretación, por lo que delimitamos el tema al nuevo tipo de daño que tiene su embrión en la jurisprudencia europea, en especial en Francia, el cual se hizo conocido como la pérdida de una oportunidad, y, en la América del Sur, más precisamente en Brasil, se está aplicando con enfoque mayor en las decisiones judiciales laborales, pero en las decisiones civiles las



jurisprudencias son cada vez más, en el sentido de reconocerlo, pero con poca aplicación al caso concreto.

Tres elementos esenciales para la reparación del daño de la víctima son ellos: I - el daño; II- la conducta humana; y, III - nexo de causalidad, por lo tanto, sin la presencia de uno de esos elementos no estaríamos frente a un daño, cuanto más frente a la pérdida de una chance.

La pérdida de una oportunidad puede ocurrir tanto en la esfera de un daño material como en la esfera de un daño inmaterial, por eso es un daño híbrido, pues puede alcanzar tanto el patrimonio como la moral y genera consecuencias que disminuyen o comprometen seriamente las expectativas positivas de una vida mejor.

Esta especie de daño no está visible al ciudadano común y laico, debe ser analizada por el prisma jurídico, en una "mirada" diferenciada sobre el tema, lo que hace lógica la diferencia entre el "Mirada y el Ver" propuesto por la profesora y filósofa brasileña Márcia Tiburi, la cual escribe un pequeño artículo, que tiene por título *"aprender a pensar é descobrir o olhar"*, en que ella dice que "MIRAR" es mediado, lento, caluroso, sinuoso, analítico, pondrado y interesado, es humano, por lo tanto remite a una reflexión empática y subjetiva de lo que se observa, en contrapartida "VER" es inmediato, rápido, frío, recto, sintético, desatento, sin interés, así, remite a la reflexión indiferente y objetiva de lo que se observa (TIBURI, 2004).

Reflexionamos sobre la importancia de que los operadores del derecho sean juristas, adoctrinadores y abogados de mente abierta y empática, que puedan sobreponerse a los propios instintos inmediatos, del "ver", a una visión de la pérdida de una chance bajo el prisma de la mediaticidad, de la "mirada", pues el instinto nos lleva a la repetición y automatización de los actos y nos cierra la



puerta de interpretaciones más amplias, más llenas de sentimientos, lo que, a nuestro juicio, puede traer graves perjuicios a la parte pasiva, a la víctima.

Por ese razonamiento de la Dra. Márcia Tiburi (2004) vemos que, al principio, no es posible situar el momento exacto de su producción de la pérdida de una oportunidad, ya que depende de su creación en el mundo jurídico, la cual exige una prueba robusta, no sólo posible, pero también probable.

Así, esta especie de daño nace de una mera expectativa con gran probabilidad de que el acontecimiento dañino se realice y, aunque positivado, necesita de la concisión, como en el derecho penal, de todos los elementos que los componen y que los extrae de la esfera abstracta para la concreta, del plano inmaterial para el plano material para que pueda ser requerido e indemnizado que son: la certeza de que el hecho es verdadero y un nexo de causalidad entre el daño anterior y el daño actual.

Hay autores que sostienen que se trata de un daño autónomo, pero no nos llega la mente la posibilidad de que él permanezca existiendo, después de la extinción del daño del que deriva.

Esto nos lleva a creer que no es sólo una subsección de daño, sino que es todavía un daño dependiente que sólo existe en la presencia del daño anterior, aunque reconocido en la doctrina, jurisprudencias y positivado en algunas legislaciones, pues sus efectos no subsisten a la criba de la extinción del daño que lo generó, por la falta del nexo causal que los une y que es un presupuesto de su vida, creación, generación y existencia temporal.

Hay que preguntarse si es una subsección del daño y así sería tan dependiente del daño anterior al punto de que si se excluyera la culpa (lato sensu) ese estaría extinto, o si, por ser un dolo independiente, una nueva grieta de dolo, él permanecería, aunque excluido el daño anterior. Los que sustentan que se refiere de una subespecie de dolo, entienden que su dependencia estaría mucha ligada



que sea ello dependente do daño que lo proporcionó, extinguiendo-se lo principal y lo secundario.

Se considera cuál es el porcentaje del daño, en relación con lo que se ha dejado de lucrar o de lo que se ha generado perjuicio a la víctima o paciente, para encontrar el equilibrio de cuánto se puede indemnizar, a ejemplo:

En Brasil, en 2005, una señora, ingresó con una acción judicial en contra del programa "show del millón", presentado por el Sistema Brasileño de Televisión - SBT, la cual buscaba de reparación del presunto daño de la pérdida de una pérdida en el caso de daño material y moral.

El caso fue objeto de apreciación en la sede de Recurso Especial, REsp 788.459/BA, de noviembre de 2005, por el Superior Tribunal de Justicia - STJ, el cual entendió plausible la presencia de la perdida una chance, pero en cuanto a indemnizar, se midió que la autora tenía 4 (cuatro) respuestas posibles de acierto, cuatro posibilidades, de esa forma, no era correcto conceder la indemnización total requerida de R\$ 500.000,00 (quinientos mil reales) (STJ, 2005).

La decisión de cuánto se indemnizó se pautó en el porcentaje de posibilidades de respuesta que el certamen ofrecía, la autora, entonces, había justamente el 25% (veinticinco por ciento) del valor, correspondiente a la 1/4 (un cuarto) de aciertos posibles, siendo así, se le deferido el valor de R\$ 125.000,00 (ciento veinticinco mil reales) el alcance en la teoría de daño de la pérdida de una chance por el daño material, y, en cuanto al daño moral fue rechazado.

El relato anterior se hace con base en la visión del Dr. Pedro Puttini Mendes (2011), el cual habló de la pérdida de una chance mediante la visión del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, sobre el caso concreto de la indemnización por la pérdida de una chance.



Se añade a eso que el Dr. Pedro Puttini (2011) trajo en su artículo un destaque sobre la visión de la Ministra Nancy Andrichi, del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, en cuanto a la pérdida de una oportunidad que dice: "*a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o 'improvável' do 'quase certo', bem como a 'probabilidade de perda' da 'chance de lucro', para atribuir a tais fatos as consequências adequadas*".

En otras palabras, el Poder Judicial debe estar capacitado a diferenciar y decidir entre el hecho que no se realizaría del hecho que posiblemente se realizaría y, por lo tanto, en ese último cierto estaría la imposición del daño de pérdida de una chance y sus consecuencias.

En ese mismo sentido hablan los doctores Felipe Soares Torres y Agnoclébia Santos Pereira (2015), los cuales, aunque poco conocidos, escriben con propiedad sobre la pérdida de una chance, su artículo puede ser encontrado en el sitio, referido en nota a pie de página.

2. LA PERDIDA DE UNA CHANDE COMO ESPECIE DE DAÑO

La mayoría de los autores brasileños siguen esta línea de pérdida de una chance como daño autónomo, por lo que se encuentran vasta jurisprudencias y artículos brasileños escritos sobre esa vertiente, así, en principio, en la estructura del daño sólo se verifican si están presentes los tres elementos esenciales para la reparación del perjuicio de la víctima, es decir, el daño, la conducta humana y la relación de causalidad.

En Francia, desde el siglo XIX cuando nació los primeros relatos sobre el daño de la pérdida de una oportunidad y donde, actualmente, se encuentra positivado, encontramos autores, juristas y adocinadores que siguen el entendimiento de que la pérdida de una oportunidad es perjuicio autónomo, como bien nos habla el Dr. Cyril Sintez (2013) en su texto "*La perte de chance: une notion en quête*



d'unité", cuya traducción es: "La pérdida de una oportunidad, un concepto en busca de la unidad".

En su artículo, más precisa en el ítem 2 de la página 3, Dr. Cyril Sintez (2013), habla del entendimiento de que la jurisprudencia y la doctrina hacen el análisis del daño de pérdida de una oportunidad por el supuesto de que se trata de una especie de daño y que no se debe enmarcarlo como un daño consecuente y no confundirlo con un daño colateral, cuyo primero se refiere a la responsabilidad y / o un daño indirecto a terceros que viene por consecuencia de un acto contractual y puede generar un beneficio o perjuicio, según se refiere al daño causado a objeto o una persona distinta del objetivo deseado. Es un término muy utilizado por los militares para definir la destrucción de blancos civiles o muerte accidental de no combatientes.

Los franceses interpretan la pérdida de una chance como daño, definición construida por la jurisprudencia a lo largo del tiempo, como nos dice la doctora Clara Hervas-Hermida (2018), "la notion de perte de chance proposée est celle conçue au fil du temps par la jurisprudence.".

En la parte que escribe en el artículo intitulado "Avant-projet de loi Réforme de la responsabilité civile. Analyses et contreproposition", cuya íntegra podrá consultarse en la dirección electrónica el cual se encuentra en nota a pie de página, la noble doctora Clara Hervas, en las páginas 12 y 13 de ese artículo, presenta una nueva propuesta de entendimiento para la redacción del artículo que trata del daño de la pérdida de una chance (HERVAS-HERMIDA, 2018).

El referido artículo fue escrito en conjunto con otros profesores y doctrinadores, franceses que dejan comodidad de la inercia y, en un acto de vanguardia, presentan sus propuestas paralelas al proyecto de reforma del código civil francés, de forma que hacen el análisis y presenta sus propuestas y modificación de algunos artículos del referido Código que está siendo alterado, del cual sólo



resaltamos el artículo 1.238, por ser razón de nuestro tema de la pérdida de una chance.

La parte que habla de la pérdida de una chance está contenida en las hojas 13, 14 y 15 de ese artículo, la cual quedó bajo el encargo de la Dra. Clara Hervas-Hermida (2018), donde es posible ver, la propuesta de modificación de este artículo 1238 del Código Civil Francés, como pasaremos a discutir.

El proyecto oficial de modificación delimita un poco más en cuanto al daño de pérdida de una oportunidad, el cual sólo será reparable si la pérdida del evento favorable es actual y cierta, y, aún, lo distingue del propio beneficio que ese evento favorable traería al paciente (víctima). Véase el artículo 1238 propuesto, *verbis*: el proyecto oficial de cambio

“Projet”

“Art. 1238 – «Seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable.

Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée».”.

La Dra. Hervas-Hermida (2018), en sus explicaciones de su propuesta, relata que la inclusión de ese artículo en la reforma de la responsabilidad civil no es sorprendente y es bienvenida, pues el mismo adopta la formulación clásica y casi literal de la definición de la pérdida de una oportunidad dada por Tribunal de Casación en varias de sus decisiones, sean contractuales o extracontractuales. En este texto la doctora llama la atención sobre el hecho de que, aunque esta propuesta de modificación del CCF sea bien recibida, peca al no incluir la posibilidad de compensación de la pérdida de oportunidad de evitar un riesgo comprobado de daño.

En la propuesta sustitutiva, se explica que esta inclusión jurisprudencial amplía la comprensión de pérdida de una chance e incluye la posibilidad de compensación



de la pérdida de oportunidad de evitar un riesgo comprobado de daño. Para la Dra. Hermida mantener esa noción más amplia, de la pérdida de una oportunidad, es más apropiada, de esa forma la propuesta correcta a ser presentada sería:

“Proposition

“Art. 1238: «Constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ou de la possibilité d'éviter un risque.

Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.»”.

Aunque esta propuesta contrapuesta se encuentra en sintonía con las actuales y contemporáneas jurisprudencias de las cortes francesas, la misma sufre pesadas críticas de los doctrinadores, en particular por los redactores del Proyecto original de la reforma de la CCF, cuyo principal argumento es que provocaría confusión entre las reparaciones de la pérdida de una oportunidad y del riesgo de un daño.

Sólo tenemos una reparación en cuanto a la nueva propuesta de la Dra. Clara Hervas Hermida, en lo que se refiere al equívoco de la palabra utilizada "posibilité", pues en nuestro entendimiento sería más prudente el uso de la terminología "probabilité" debido al sentido que se pretende dar al artículo a ser modificado.

En todo caso, es perceptible el trato dado por los franceses a la pérdida de una chance, la cual es, por lo tanto, clasificada como daño por los juristas y doctrinadores, así, los juristas y adocctrinadores brasileños no innovan y siguen igual línea, la cual entendemos no ser la mejor, en ese sentido seguimos exponiendo abajo una nueva visión de la pérdida de una chance.



3. EL LUGAR POSIBLE EN QUE SURGIÓ LA PÉRDIDA DE UNA CHANCE

Al principio, en el siglo XVIII, surge la teoría de la probabilidad, de Jean Baptiste Lamarck[2], que habla que el azar sigue leyes universales, la cual influenció grandemente a los futuros jueces europeos, y, a mediados del siglo XIX, ante el silencio legislativo por la falta de normas positivas sobre el tema, surgieron decisiones judiciales que se acogieron la especie de daño de pérdida de una chance.

Como era el escenario en Europa a partir de finales del siglo XVIII: Europa estaba en ebullición y, después de que Napoleón tomar el poder, lo que culminó en grandes modificaciones que se extendieron durante el siglo XIX, siendo que la Europa se sumergió en una crisis político-institucional que revolucionó, y, con ellas, surgieron grandes reformas en el continente, siendo las principales la exigencia de creación de normas constitucionales y el fin de los feudos, es en ese escenario que surgen las jurisprudencias sobre el daño de pérdida de una chance, en particular en Francia e Italia.

En esa época, en Francia, el poderío industrial disminuyó por el poco la inversión en tecnología, por la influencia de la posguerra franco-prusiana, por la pérdida de los territorios ricos en hierro y carbón, por la migración de la riqueza hacia el sector bancario y por el establecimiento de una política imperialista y expansionista por medio de colonias en otros continentes.

En Italia, en la parte más al norte, la industria experimentó gran expansión provocada por la política proteccionista del gobierno y incentivo a la inversión de capital extranjero, pero el sur del país enfrentaba una situación adversa consubstanciada en el pequeño mercado consumidor agrícola y del casi inexistente mercado de trabajo asalariado, así como la industria del sur gime por falta de dinero.



En ese escenario público y político surge en Francia el primer caso de daño reconocido como de pérdida de una chance donde un equino cultor, y un, creador de caballos de carrera de alto rendimiento para competiciones de trufe, el cual llevó su premiado ejemplar para otra competición cuando un accidente causó una lesión al animal dejándolo imposibilitado de competir, con base en la gran probabilidad de que su animal llegara a ser el ganador de la competición, ingresó con acción de la pérdida de esa oportunidad y, efectivamente, fue resarcido por el probable perjuicio sufrido, esto en aproximadamente 1865.

A continuación, el 17/07/1889, la Corte de Casación francesa juzgó procedente y dio ganancia de causa al autor de una acción reparatoria, donde un funcionario obstaculizó el normal andamiento de su acción judicial perjudicándolo en la obtención de la ganancia de causa. Se le concedió la indemnización basada en la teoría de la pérdida de una chance.

En síntesis, en el escenario judicial mundial de la época las jurisprudencias fueron innovadoras en cuanto al daño de la pérdida de una chance, la cual fue entendida como la "desaparición de la probabilidad de un evento favorable", y eso se extendió por Europa como un rascador de pólvora, sentido tuvo gran aceptación y propagación, principalmente en Francia e Italia.

La teoría de la pérdida de una chance fue generada debido a que en algunos casos había evidente dificultad de comprobación del vínculo del nexo causal con el daño sufrido, la cual era bien recibida por los jueces del siglo XIX. Sin embargo, todo necesita ser repensado, fue lo que algunos juristas hicieron, pues no admitían el descuido dado la pérdida de una oportunidad de lucro, de mejora de ganancia o, incluso, de la posibilidad de impedir un mal mayor, un perjuicio.

En este sentido, esos disidentes de las teorías conservadoras, los juristas innovadores, idealizaron la teoría de la pérdida de una oportunidad, la cual dejaba claro que era algo nuevo, diferente, pues cuando ocurría no los coloca frente a un



daño, al final no estaba consumado, pero habría una gran propiciación de que se realizara, si no hubiera ocurrido un hecho superveniente que la impedía de ocurrir, entendiendo ellos que estaban frente a una hipótesis muy probable de ocurrencia del hecho anhelado, de la posibilidad de concretarse, de llegar a su resultado final.

La teoría de la pérdida de una chance (perte d'une chance) también fue aplicada por los franceses en el error de diagnóstico y se conoció como la "teoría de la pérdida de una chance de curación o supervivencia".

La pérdida de una oportunidad en el ámbito de la medicina se dio con el acontecimiento de un hecho y, consecuentemente, un daño. El ejemplo de que se tiene conocimiento es el caso del Dr. Helie de Domfront, médico que fue llamado para atender un parto a las 6 de la mañana, sin embargo, asistió solamente a las 9 horas. Encontrando dificultades en el parto, pues el feto estaba de hombros, amputó los brazos del niño. El niño sobrevivió, pero su familia ingresó en juicio para verse resarcida del perjuicio que había tenido debido al retraso del médico. Hubo una división social entre partidarios y verdugos del médico, pero la Academia Nacional de Medicina de Francia estaba al lado de éste. Se elaboraron dos laudos, donde uno estaba a favor y otro contra el procedimiento adoptado por el médico. Cuando fue juzgado, el Tribunal de Confronte condenó al Dr. Helie el pago de una pensión anual de 200 francos a la familia del niño.

Sobre la base de estos juicios, la jurisprudencia francesa pasó a aceptar la teoría de la pérdida de una chance como un daño independiente y autónomo, capaz de inducir una indemnización. Un ejemplo clásico es el del profesional que no diagnostica un cáncer en un paciente que viene a ser descubierto mucho tiempo después por otro médico. En este caso, teniendo en cuenta que las posibilidades de curación son mucho mayores cuando se descubre la enfermedad al principio, la impericia acabó por eliminar las posibilidades de sobrevivencia, lo que se pierde es la probabilidad de curación, por lo tanto, real, probable, no meramente hipotética.



En la Francia actual esa teoría de la pérdida de una chance está aún más desarrollada, porque es nuevamente analizada mediante el proyecto que altera varios artículos del Código Civil Francés, bajo el cual un grupo de Doctores en el área del Derecho, ya mencionados anteriormente, resolvieron hacer sus consideraciones sobre la reforma que se está procesando, por medio de un artículo que abarca diversos temas, pero le tocó a la Dra. Clara Hervas-Hermida escribir sobre el art. 1.238 que normalice el daño de la pérdida de una chance.

La teoría de la pérdida de una chance no encuentra amparo legal específico en el ordenamiento jurídico brasileño. Sin embargo, ganó fuerza a partir de 2005 cuando el Superior Tribunal de Justicia (STJ) juzgó el emblemático caso del programa televisivo "Show del Millón".

Desde entonces, la teoría alimentó la formación doctrinal y pasó a ser ampliamente aceptada y utilizada en el país, todavía hay mucha controversia que acompaña la temática. Esto porque está basado en la idea de probabilidad, lo que hace extremadamente difícil comprobar el hecho.

La pérdida de una oportunidad surge, a nuestro ver, equivocadamente elevada a la categoría de daño autónomo, figurando como "especie de daño", la cual surgió por el análisis jurisprudencial y doctrinal, lo que a lo largo de los años se ha instalado como jurisprudencia prevalente y que, primero fue positivada en algunos ordenamientos jurídicos europeos y posteriormente se extendió al punto de ser agregada en las américa en razón de la expansión territorial, de los países europeos, por medio de sus colonias.

4. ALGUNOS PAÍSES QUE RECONOCEN LA PÉRDIDA DE UNA CHANDE

Se entiende como más aceptada la afirmación de que esta teoría de la pérdida de una chance surgió en primer momento en el Derecho francés, por lo que Francia



fue el nacido y el primer país en reconectarla, aunque rápidamente se extendió a los países vecinos y al país el resto de Europa aún dentro del siglo XIX.

Además de Francia, como ya hablamos, el daño de pérdida de una chance tuvo gran aceptación en el mundo jurisprudencial europeo, especialmente en Italia que, debido a la fase que vivía, donde una parte del país buscaba la renovación y el desarrollo por medio de la apertura industrial para el incremento de capital extranjero, mientras que el otro lado sufría por la falta de esa visión, la cual hacía del país un ambiente propicio para nuevos descubrimientos e innovaciones.

En el medio jurídico las innovaciones son bienvenidas, se añade a ello que había una disputa entre Italia y Francia, y los acontecimientos generados en un país influían en las decisiones en el otro, y la pérdida de una chance fue luego incorporada en sus jurisprudencias, como lo fue en Francia.

Otros países también desarrollaban sus teorías con relación al daño de la pérdida de una chance, a ejemplo de Italia, cuyos juristas y doctrinadores seguían una misma línea.

La pérdida de una chance encontró abrigo y terreno fértil para su desarrollo en la península itálica, en los años de edad de 1940, con el profesor Giovanni Pacchioni, por la publicación de su libro de Derecho Civil Italiano y de su artículo que habla de: "Dei delitti y dei quasi delitti", el cual nos aclara la Dra. Ana Claudia Correa Zuin Mattos do Amaral (2011) y el Dr. William Everton Pona (2014), los autores del artículo que habla sobre "La pérdida da chance en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia - los (des) caminos de una comprensión teórica", dirección electrónica al final de la página.

Dr. Adriano de Cupis, el cual tiene un posicionamiento más abierto y moderno sobre la cuestión, era un visionario y discrepancia de su colega Giovanni Pacchioni, su posición era que la pérdida de una chance era un daño independiente del resultado, como se transcribe a continuación:



Posição contrária apresentou Adriano de Cupis (1966, p. 263-265), para quem existia um dano passível de reparação nos casos de perda da chance. De fato, há quem considere de Cupis o responsável pela correta interpretação da teoria da perda da chance no direito italiano, por ter visualizado a chance perdida como dano independente do resultado final (SAVI, 2006, p. 10), embora não se possa olvidar a contribuição prestada por Maurizio Bocchiola' (1976, p. 55-101), o qual levantou imprescindíveis e decisivas considerações quanto à prova do dano alegado e a classificação da chance perdida como lucro cessante ou dano emergente. Em que pese a construção doutrinária desses juristas, a Corte de Cassação italiana julgou o primeiro caso favorável à indenização pela perda da chance apenas em 19 de novembro de 1983 (SAVI, 2006, p. 25).

Poco después, la influencia que Francia, Italia, Portugal, España e Inglaterra han ejercidos en las Américas, hizo el Daño de la Pérdida de una chance sobrepasaba Fronteras corroborado por el hecho de que la moderna industria europea de la sucumbir a la falta de clientes y el envejecimiento de su maquinaria, inició la segunda revolución industrial que se expandió por el mundo.

Entonces, esa influencia llevó a los demás países que hacían comercio con la Europa, entre otras modificaciones, al conocimiento ya la innovación de los conceptos jurisprudenciales y doctrinarios, y, que, en el ámbito del Derecho, grandes innovaciones ocurrieron por el intercambio de experiencias jurídicas y doctrinarias. En cuanto a esta teoría de la pérdida de una chance, llegó concomitantemente a los países de América del Sur, en especial Argentina, Brasil y Uruguay, y los países de América del Norte, empezando por Estados Unidos que, en todo tiempo, mantenía conexiones directas con los ingleses y admiraban al desarrollo jurídico y la moda francesa.

En el Brasil, aunque conocedores de la teoría de la pérdida de una chance, el enfrentamiento judicial de casos concretos sólo aparece en la segunda mitad del siglo XX, conforme nos aclara el profesor Iverson Kech Ferreira (2015), en su artículo, que el primer caso concreto que trajo la teoría de pérdida de una oportunidad ocurrió en un juzgado de 1991. El artículo del Dr Ferreira puede ser



consultado en la dirección electrónica al final de la página, o cual transcribimos parte del texto abajo:

O primeiro julgado que trouxe a teoria da perda de uma chance na seara advocatícia, no Brasil, remonta a data de 1991. Trata-se de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 591.064.837.[2] O Relator não esconde a influência do direito francês em sua decisão e em seu voto, faz referência expressa a uma conferência, de 1990, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dada por François Chabas, a respeito da perda de uma chance.

Nesse julgado, apesar da referência à teoria da perda de uma chance, não houve a devida investigação sobre a seriedade da oportunidade perdida, tendo-se condenado o advogado pela não obtenção da pensão por morte por sua cliente (FERREIRA, 2015).

En muchos concursos en Brasil, la exigencia de que el candidato sea aprobado en la investigación de su vida anterior que encuentra sintonía en reiterados Sentencias del Tribunal Superior de Justicia - STJ, en la que elegimos un Agravio de Instrumento - AgInt en el Recurso Justicia - STJ, AgInt en en Mandado de Seguridad nº 54.882 – DF.

Transcribo una parte de la Sentencia del STJ, AgInt en en Mandado de Seguridad nº 54.882 – DF en (2017/0188642-1), por su gran importancia para el tema:

II – O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual a investigação social não se resume a analisar somente a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado, mas também a conduta moral e social no decorrer de sua vida, objetivando investigar o padrão de comportamento do candidato à carreira de Atendente de Reintegração Socioeducativo, de modo que não constitui ilegalidade a exclusão daquele que não ostenta conduta compatível com o decoro exigido para o exercício do cargo .
III - O edital de concurso público é a lei de regência da relação jurídica estabelecida entre a Administração e o candidato. No caso, o edital n. 01/2015 previu a Etapa da Investigação Social, de caráter eliminatório, com a qual



aqueceu o candidato ao se inscrever no concurso (STJ, 2018).

5. LA PÉRDIDA DE UNA CHANCE COMO SUBESPECIE DE DAÑO

La pérdida de una chance se encuentra, en un primer momento, como expectativa, en la esfera abstracta, o sea, aunque es posible, necesita de un daño anterior proveniente de un acto ilícito que acometa al paciente para que exista, y, que se pruebe la relación de causalidad entre la conducta ilícita en el daño principal y el probable daño de pérdida de una chance.

Hay que aclarar que en Brasil algunos autores contemporáneos siguen el mismo entendimiento francés, de siglos atrás, y, por lo tanto, recibe un mirar, de una forma equivocada, elevando el daño de la pérdida de una chance a la categoría de daño autónomo, propio e independiente, sin que se haga un análisis más atenta sobre el mismo, el cual, a nuestro ver, va contra la lógica, la razón, al censo común, contrariando sus propias alegaciones.

La Pérdida de una chance es un daño, por así decir, secundario, dependiente, que sólo viene a tener su existencia después de un evento ilícito anterior, de esa forma, si el ilícito es desconsiderado por la presencia de las excluyentes de responsabilidad civil, que rompe el eslabón de el nexo de causalidad, no hay que hablar de indemnización, pues no existe en sí mismo, no es autónomo está contenido de forma distinta tanto en el dolo patrimonial como en el dolo moral.

Por lo tanto, como hemos hablado anteriormente, para la reparación del daño se necesitan tres elementos esenciales para la reparación del perjuicio de la víctima, son la presencia de un daño, la conducta humana y el nexo causal, si falta alguno de estos componentes el trípode no hay que indemnizarse.

Tenemos que esta pérdida de una chance depende totalmente de la figura de un daño previo que debe tener un lapso temporal pequeño para solicitar la indemnización y que esta pérdida de una oportunidad no esté tan lejos que no se



establezca el nexo de causalidad, por ejemplo, un accidente que imposibilita un competidor de participar en la parte final de un concurso público, pero lejano lo suficiente para que la víctima se recupere.

La impresión que queda al estudiar este tópico es que la pérdida de una chance no podría figurar como un daño autónomo, pues es consecuente, secundario y dependiente del daño primero el cual llamamos daño principal.

Para que la interpretación de la dependencia sea más clara, recordemos que en el Derecho Francés hace la distinción entre dos áreas principales del daño de la pérdida de una oportunidad, como la pérdida de oportunidad de evitar un daño o la pérdida de oportunidad de evitar un daño riesgo, el cual es muy utilizado en el área médica por los riesgos comprobados de daño a la salud y la vida del paciente.

Es evidente que ese daño, una vez ocurrido, nos coloca frente a la pérdida de una chance de una eventualidad favorable y, también, de la pérdida de una chance frente a la probabilidad de evitar un riesgo probable en el futuro.

Cuando la pérdida de una probabilidad derivada de un daño material, ese daño por sí solo debe ser suficiente para generar el probable perjuicio financiero, de una oportunidad futura que se pierde, la cual ocurrirá si no hubiera ocurrido el hecho impeditivo, o sea, el daño principal, a ejemplo el conductor de un vehículo que atropella y lesiona gravemente a un candidato de determinado concurso público, de forma que éste no puede concurrir a la etapa final del certamen.

Puede ocurrir por dolo: Cuando el agente tenía conciencia de que su acto ilícito serviría para desclasificar el candidato, tal vez porque concurría la misma vacante o simplemente por desear el mal a la víctima, al paciente, siendo así que no hay que discutir, hay que indemnizarse con todo rigor y en el más alto grado posible.



Puede ocurrir por culpa: Cuando no había ninguna maldad en la práctica del acto ilícito, cuando ocurrió por su negligencia, imprudencia o impericia, lo que genera efectos de indemnización tanto en el daño principal como, también, en el secundario.

Hay que reflexionar cuando el daño no sé en la esfera penal por la presencia de las excluyentes de ilicitud, si aun así generaría efectos en la esfera civil. En nuestro entendimiento estaría fallida las pretensiones de indemnización, pues si no acepto como el daño principal no hay que hablarse en el daño secundario, así no habría el daño de la pérdida de una chance y, por lo tanto, no habiendo la necesidad de indemnización de ese y ni de aquel daño, ya que estaríamos frente al daño inexistente, lo cual sería aquel que carga todas las características de un daño, pero, en razón de las excluyentes de ilicitud, deja de existir.

La pérdida de una oportunidad dentro del daño moral presenta características peculiares que la encuadran en una necesaria dependencia de una acción u omisión por dolo o culpa. Por acción: Cuando deliberadamente divulga o crea un hecho calumnioso, mentiroso, no verdadero, por lo tanto, ilícito e injusto, cuyos efectos provocan un daño a la imagen del paciente, la víctima. Este daño moral impide definitivamente la probable concreción de un evento favorable. Por omisión: Cuando se sabe que la información que está siendo divulgada por terceras personas no es verdadera y pudiendo desmentirla y aclarar el hecho o, aún, teniendo el agente omisivo el poder de impedir la concreción o la continuación del hecho dañino debido a su autoridad o responsabilidad, no lo hace en tiempo hábil a evitarse el daño de la pérdida de una chance.

La pérdida de una chance no es un daño autónomo, no se sostiene por sí solo, es un daño dependiente de un daño anterior, de una lesión física y, por lo tanto, un daño patrimonial y / o una lesión al carácter del paciente y, por lo tanto, un daño moral, los cuales, de tan graves pueden sobrepasar los efectos inmediatos del



daño para concentrarse en la esfera de efectos mediáticos, cuya doctrina ha entendido como otra especie de daño conocido con "pérdida de una chance".

Tenemos que ese daño de la pérdida de una chance se encuentra presente tanto en el daño material como en el daño inmaterial en relación a los efectos de la acción u omisión del agente, en cuanto a la responsabilidad subjetiva, por dolo o culpa, la cual genera efectos en la esfera patrimonial y/o moral.

Por lo tanto, presentamos el daño de "pérdida de una chance" como una "subespecie" "híbrida" de daño ya que puede ocurrir en presencia del daño material, y también del daño moral, pues los efectos de esos daños generan otra especie de daño secundario, es dependiente de un daño anterior, en el caso, a nuestra mirada, puede venir del daño material y, también, del daño moral.

Es híbrido, pues ese daño secundario puede ser generado después de un daño material y, también después de la ocurrencia de un daño moral, siendo que, en ambos casos, actúan de forma que disminuyen, comprometen seriamente o impiden las expectativas positivas de una vida mejor, generando el daño de la pérdida de una chance, cuyos efectos dañinos pueden ser patrimonial y moral, si no veamos:

Las posibilidades de subespecie de daño son innumerables, puede ocurrir como consecuencia de un accidente; de una lesión intencional o no; de un rumor; de un reportaje; de una divulgación de una calumnia; una materia de noticias falsas; falsa comunicación de crimen de violación; un *fake news* de desvío de dinero público; etc., que impidan a una determinada persona de asumir un cargo público político y / o de pasar en un concurso cuya última fase sea la investigación de la vida anterior.

Como subespecie de daño puede ser encontrado dentro de la esfera del daño patrimonial y, también, dentro de la esfera del daño moral, en los dos casos puede



generar efectos de un daño moral y de un daño patrimonial, que se confunde con la propia especie de daño patrimonial y de daño moral.

Bien sé que la hipótesis planteada es un poco compleja y va en contra de los entendimientos jurisprudenciales, doctrinarios y legales vigentes en Europa y en las Américas, sin embargo, su lógica es sólida y factible y, por lo tanto, debe analizarse en esta nueva perspectiva.

En la visión del autor, la pérdida de una oportunidad es un daño secundario proveniente de un daño principal y anterior, siendo así sólo se encuadraría como una subespecie de daño, conforme propuesto en ese artículo, para que los estudiosos de ese tema puedan tener una visión más amplia, lenta y detallada del mismo, hasta que se pueda hacer una mejor dosimetría de cuánto indemnizar.

En este sentido, agradezco la atención y la oportunidad que me fue concedida de exponer las ideas arriba, creyendo que, conforme nos aclara la filósofa Márcia Tiburi, a la que mencionamos anteriormente, que es imprescindible que echamos a mano la gran herramienta de la visión, de la mirada más detallada, y que la presente propuesta pueda inspirar a los adoctrinadores, juristas y aplicadores de la ley, para generar una mejor utilización de la dosimetría de la indemnización según el sub daño de la pérdida de una chance.

REFERENCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance: análise da teoria clássica e um discurso sobre a natureza jurídica e quantificação do dano.** Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, William Everton. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – os (des)caminhos de uma compreensão teórica. **Scientia Iuris**, v. 18, n. 02, p. 93, 2014. Disponible en: DOI:10.5433/2178-8189.2014v18n2p93. Acceso en 04/04/2019.



FERREIRA, Iverson Kech. Teorias acerca da Perda de uma Chance. **JusBrasil**, 2015. Disponível en: <https://iversonkfadv.jusbrasil.com.br/artigos/262416166/teorias-acerca-da-perda-de-uma-chance>. Acceso en 04/04/2019.

HERVAS-HERMIDA, Clara. La Perte De Chance (avant-projet, art. 1238). In: THIBIERGE, Louis. Et al. Avant-projet de loi Réforme de la responsabilité civile. Analyses et contrepropositions. **Hal open Science**, 2018. Disponibile en: <https://hal.parisnanterre.fr/hal-01793099/document>. Acceso en 12/11/2019.

MENDES, Pedro Puttini. Perda da chance en la visión del Superior Tribunal de Justiça brasileño. **Revista Jus Navigandi**, año 16, n. 2888, 29 de mayo 2011. Disponible en: <https://jus.com.br/artigos/19211>. Acceso en 04/04/2019.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875. Acesso em 04/04/2019.

SINTEZ, Cyril. La perte de chance: une notion en quête d'unité. **Doctrine**, 2013. Disponibile en: https://www.academia.edu/6793832/La_perte_de_chance_une_notion_en_quete_dunité Acceso en 04/04/2019.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Recurso Especial no 788.459. Relator: ministro Fernando Gonçalves. **JusBrasil**, 2005. Disponibile en: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>. Acceso en 04/04/2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Recurso em mandado de segurança nº 54.882 - DF. Relatora Ministra Regina Helena Costa. **Superior Tribunal de Justiça - Revista Eletrônica de Jurisprudência**, 2018. Disponibile en: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79084070&num_registro=201701886421&data=20180219&tipo=5&formato=PDF%20na%20decis%C3%A3o%20do%20STJ. Acceso en 04/04/2019.

TIBURI, Márcia. Aprender a pensar é descobrir o olhar. **Jornal do Margs**, Porto Alegre, n. 103, set./out. 2004. Disponibile en: <http://artenaescola.org.br/sala-de-leitura/artigos/artigo.php?id=69332>. Acceso en 04/04/2019.

TORRES, Felipe Soares. PEREIRA, Agnolébia Santos. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**, v. 958,



2015. Disponible en:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli Bol_2006/RTrib_n.958.02.PDF.
Acceso en 04/04/2019.

APÊNDICE - REFERÊNCIA NOTA DE RODAPÉ

2. Lamarck, Jean Baptiste Pierre Antoine de Monet, Chevalier de Lamarck (Bazentin, 1 de agosto de 1744 - Paris, 28 de diciembre de 1829) fue un naturalista francés que desarrolló la teoría de los caracteres adquiridos, una teoría de la evolución, donde suponía que existía una causa sobrenatural que llevaba organismos a una alteración evolutiva en busca adaptación para su sobrevenía, siendo así, tratándose de virus, hongos y bacterias no podríamos dar chance para el azar.

Enviado: Noviembre, 2019.

Aprobado: Octubre, 2022.

¹ Postgraduado en Administración Educacional por la Universidad Salgado de Oliveira Filho, graduado en pedagogía - series iniciales, graduado en Pedagogía para series iniciales por la Universidad Católica de Brasilia, postgraduado en Administración Educacional por la Universidad Salgado de Oliveira Filho de São Gonçalo - Río de Janeiro - RJ, graduado en derecho por la Facultad Integrada del Planalto Central - FIPLAC - Valparaíso - Goiás, post graduado en derecho cooperativista por la Universidad Católica de Brasilia - Brasilia -DF; graduado en pedagogía - series iniciales, graduado en Pedagogía para séries iniciais pela en la pedagogía para las series iniciales por la Universidad Católica de Brasilia,. ORCID: 0000-0002-1059-1356.