

## La equidistribución del coste de la incertidumbre causal en el Derecho de daños

**Luis Medina Alcoz**

*Profesor titular de Derecho Administrativo.  
Universidad Complutense de Madrid  
Letrado del Tribunal Constitucional*



El ganador del primer premio es felicitado por la presidenta de la UDIMA en el instante de recoger el galardón

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2018** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Francisco Gil Durán, doña María José Morillas Jarillo, don José María Segovia Cañadas, don Antonio Serrano Acitores y don Mariano Yzquierdo Tolsada.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

---

### EXTRACTO

Con frecuencia el juzgador que tiene entre manos una reclamación de responsabilidad civil o patrimonial no sabe si hubo verdaderamente conexión causal entre el daño producido y el hecho enjuiciado. La regla de la responsabilidad proporcional distribuye en estos casos el peso de la incertidumbre entre las dos partes implicadas: la víctima obtiene una indemnización parcial

.../...

.../...

acomodada a la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el daño de no haber mediado el hecho ilícito o, lo que es lo mismo, el agente responde en proporción a la probabilidad causal. Esta regla viene desarrollándose bajo diferentes etiquetas (responsabilidad por causa «sospechada», cuota de mercado o pérdida de oportunidad). La investigación desarrolla la teoría general de la causalidad y la teoría de la valoración probatoria para abordar el fundamento o justificación de la responsabilidad proporcional, esto es, hallar las razones por las que puede afirmarse que un determinado sistema jurídico la ha establecido para casos de incertidumbre causal en contra del asentadísimo y extendidísimo criterio de que la única responsabilidad posible es la total basada en la prueba cumplida de que hay una probabilidad suficiente de que, sin el hecho ilícito (o con la conducta debida), el daño no se hubiera producido. También para delimitar el ámbito de aplicación de esta regla, esto es, determinar los casos de incertidumbre causal gobernados por la responsabilidad proporcional.

El fundamento normativo de la responsabilidad proporcional son, sencillamente, las previsiones legales que la han tipificado como solución a la incertidumbre causal. Su aplicación a otros casos se justifica en última instancia en la competencia tradicionalmente asignada a los órganos judiciales para crear reglas que atienden a la identidad de valor de las partes mediante técnicas tales como la analogía, la interpretación extensiva o el precedente judicial. La responsabilidad proporcional, en tanto fundada en la igualdad, es virtualmente utilizable para afrontar el problema de la incertidumbre causal en sentido propio en todo el ámbito de la responsabilidad civil o patrimonial, salvo en los casos gobernados por reglas probatorias especiales destinadas a sobreproteger unos intereses en detrimento de otros (p. ej., en responsabilidad medioambiental, donde rige el sistema binario del todo o nada fundado en un umbral de certidumbre que permite afirmar la conexión causal de daños ecológicos con facilidad).

**Palabras clave:** estándares de prueba; Derecho de daños; causalidad; responsabilidad proporcional; pérdida de oportunidad.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2018 / Fecha de aceptación: 10-07-2018*

## Equidistribution of causal uncertainty cost in the Law of Damages

Luis Medina Alcoz

---

### ABSTRACT

Judges before compensation claims usually do not know if there was truly a causal connection between the damage produced and a particular event. The rule of proportional liability distributes the weight of uncertainty between the two parties involved. The victim gets partial compensation commensurated with the probability that he or she would have ceased to suffer the harm but for the wrongful act. The agent responds in proportion to causal probability. This rule has been developed under different labels (liability for «suspected» cause, Market-Share-Liability Approach, Loss-of-a-Chance Approach). The research develops the general theory of causation and proof to address the rationale of proportional liability, that is, to find the reasons why it can be said that a certain legal system has established it for cases of causal uncertainty against the very established and widespread criterion that total liability based on the proof of causation is the only possible liability. It will also try to delimit the scope of application of this rule, that is, the cases of causal uncertainty ruled by proportional liability.

Normative basis of proportional liability are legal provisions typifying it as a solution to casual uncertainty. Its application to other cases is ultimately justified in the competence traditionally assigned to judicial bodies to create rules addressing the equal dignity of the parties through techniques such as analogy, extensive interpretation or precedent. Proportional liability, as a norm based on equality, is virtually usable to deal with the problem of causal uncertainty throughout the entire field of Law of Damages, except in cases ruled by special evidentiary criteria designed to overprotect some interests to the detriment of others (eg, in environmental liability, where applies the All-or-Nothing Approach based on a threshold of certainty that allows to proof of causal connection with ease).

**Keywords:** standards of proof; Law of Damages; causation; proportional liability; loss of a chance.

---

---

## Sumario

### 1. Aproximación

- 1.1. La responsabilidad proporcional como solución posible a la incertidumbre causal
- 1.2. Objeto del presente estudio

### 2. Presupuestos

- 2.1. La apreciación del nexo causal como juicio normativo
- 2.2. La apreciación del nexo causal como juicio probabilístico
- 2.3. Régimen general: estándar de la probabilidad preponderante y carga de la prueba
- 2.4. Regímenes excepcionales: estándares probabilísticos suave, y exigente, e inversión legal de la carga probatoria

### 3. Caracterización

- 3.1. Responsabilidad proporcional y sistema binario
- 3.2. Responsabilidad proporcional y racionalidad epistemológica
- 3.3. Responsabilidad proporcional e igualdad
- 3.4. Responsabilidad proporcional y eficiencia

### 4. Fundamento

- 4.1. La ficción como estrategia de justificación. Crítica
- 4.2. Justificación dentro de la teoría general de la causalidad
  - 4.2.1. La responsabilidad proporcional como problema de causalidad
  - 4.2.2. La responsabilidad proporcional como regla tipificable y tipificada
  - 4.2.3. La responsabilidad proporcional como regla judicial basada en la igualdad

### 5. Ámbito de aplicación

- 5.1. Delimitación negativa
- 5.2. Delimitación positiva

### Referencias bibliográficas

#### Cómo citar este estudio:

Medina Alcoz, L. (2018). La equidistribución del coste de la incertidumbre causal en el derecho de daños. *Revista Ceflegal*, 211-212, 5-48.

## 1. APROXIMACIÓN

### 1.1. LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL COMO SOLUCIÓN POSIBLE A LA INCERTIDUMBRE CAUSAL

Con frecuencia el juzgador que tiene entre manos una reclamación de responsabilidad civil o patrimonial no sabe si hubo verdaderamente conexión causal entre el daño producido y el hecho enjuiciado. Piénsese, por ejemplo, en el juez civil o contencioso-administrativo que, tras examinar el material probatorio, tiene dudas en torno a si una paciente hubiera sanado con el diagnóstico adecuado que el médico no ofreció por negligencia profesional o sobre si un cliente hubiera ganado el recurso de apelación que su abogado olvidó interponer por despiste.

El Derecho de daños debe dar respuesta al problema de la incertidumbre causal. Una solución posible consiste en obligar al juzgador a descargar todo el peso de la incertidumbre sobre una de las partes: sobre el agente o demandado, cuando, ante las dificultades probatorias, el juzgador tiene que afirmar un nexo causal dudoso para ordenar la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima o demandante, cuando el órgano judicial tiene que rechazar ese nexo causal dudoso para descartar toda responsabilidad (regla de «todo o nada»). En los ejemplos propuestos, ante las dudas sobre si la paciente hubiera sanado o sobre si el cliente hubiera ganado el recurso, la solución descrita obligaría a elegir sin vacilaciones, como si no hubiera incertidumbre, entre la existencia de causalidad y de responsabilidad total, por un lado, o la ausencia de causalidad y de toda responsabilidad, por otro. Esta solución resulta de las cláusulas generales de responsabilidad civil o patrimonial (arts. 1101 y 1902 del Código Civil y art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público) y del régimen de la carga de la prueba (art. 217 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC).

Otra respuesta posible consiste en distribuir el peso de la incertidumbre entre las dos partes: la víctima obtiene una indemnización parcial acomodada a la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el daño de no haber mediado el hecho ilícito o, lo que es lo mismo, el agente responde en proporción a la probabilidad causal. Se trata, más precisamente, de una solución que, en situaciones de incertidumbre causal, impone multiplicar el porcentaje (estimativo) de probabilidad causal por el valor total del daño. La indemnización resultante refleja de manera aproximada las dudas en torno a la verdad del nexo causal derivadas de un juicio de valoración probatoria que no arroja resultados concluyentes ni a favor ni en contra. Frente al «todo o nada», se afirma una solución de compromiso de «ni todo ni nada», es decir, un régimen de responsabilidad «proporcional» que impide que la víctima quede sin reparación por ser posible que le causaran el daño y que impide al mismo tiempo que el agente pague la indemnización plena por ser posible que no haya generado el daño. En los ejemplos propuestos, en lugar de ocultar las dudas subsistentes en torno a qué habría ocurrido con un diagnóstico adecuado o con la interposición tempestiva del recurso, la indicada regla permite aflorar esas dudas para resolver a partir de ellas, equidistribuyendo su coste económico entre las dos partes, el paciente o el cliente, por un lado, y el hospital o el abogado, por otro.

La responsabilidad «proporcional» (también llamada imputación o causalidad «probabilística») viene desarrollándose bajo varias etiquetas. Una es la denominada responsabilidad «colectiva» por causa «anónima» o «sospechada». Se aplica cuando se sabe que solo uno de los miembros de un grupo causó el daño, pero se desconoce exactamente cuál. El ejemplo clásico: varios cazadores disparan por error a un senderista sin que pueda establecerse cuál de ellos lanzó el proyectil que causó las lesiones. La solución consiste en aplicar la responsabilidad proporcional, esto es, en distribuir el coste del daño entre cada uno de los participantes en función de la probabilidad de que fueran causantes, lo que puede imponerse directamente o, si se establece la responsabilidad solidaria de todos frente a la víctima, dentro de la relación interna que vincula a los distintos deudores solidarios<sup>1</sup>. Varios textos del Derecho español recogen esta solución: Ley de ordenación de la edificación (art. 17.3) y Leyes de caza nacional (art. 33.5), aragonesa (arts. 63.4 y 71.4), canaria (art. 32.4 párr. 2), cántabra (art. 63.4) y riojana (art. 18.2 párr. 1); también el Decreto 506/1971 que desarrolla Ley de caza [art. 35].

La llamada responsabilidad por «cuota de mercado» (*Market Share Liability*) es la regla de responsabilidad proporcional aplicada a un supuesto concreto de causa «anónima» o «sospechada»: se refiere a casos en que el juzgador verifica que el consumo de un producto genera un daño, pero desconoce la identidad del concreto fabricante. Cuando las unidades puestas en circulación por los diversos productores tienen idéntica potencialidad lesiva, la teoría reconoce al perjudicado el derecho a ser indemnizado por los fabricantes, quienes habrán de compensar en proporción a su cuota de mercado. La responsabilidad del fabricante se afirma solo en la medida de las probabilidades de que fuera causante del daño; y se calcula esa medida atendiendo a su cuota de mercado bajo el entendimiento de que cuanto mayor es, mayor es la probabilidad de que ocasionara el perjuicio<sup>2</sup>.

La doctrina de la pérdida de oportunidad encierra igualmente una regla de responsabilidad proporcional o probabilística. Es virtualmente utilizable en cualquier supuesto de incertidumbre causal y, por tanto, no solo en casos caracterizados por la existencia de una pluralidad de potenciales dañantes, la incertidumbre en torno a cuál de ellos generó el perjuicio y la certidumbre de que solo uno de ellos ha podido provocarlo. Apareció entre finales del siglo XIX y principios del siglo siguiente en la jurisprudencia francesa e inglesa, en primer lugar, y después en múltiples sistemas jurídicos occidentales (Bélgica, Países Bajos, Italia, Estados Unidos, Canadá, Australia, Argentina, entre otros)<sup>3</sup>. El Derecho europeo de la contratación pública la tipifica (Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones). La jurisprudencia

<sup>1</sup> Sobre el tema, baste la remisión a Múrtula Lafuente (2005).

<sup>2</sup> La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007) no recoge esta solución, exigiendo al perjudicado que pruebe el defecto del producto, el daño padecido y «la relación de causalidad entre ambos» (art. 139). Sobre este tema, baste igualmente la remisión al trabajo de Ruda González (2003).

<sup>3</sup> Para el origen y desarrollo de la teoría de la pérdida de oportunidad, Müller (2002, pp. 51-230) y Medina Alcoz (2007, pp. 127-242).

española la maneja igualmente en el marco de la responsabilidad de profesionales forenses y sanitarios. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha consolidado una jurisprudencia que, afirmada inicialmente a finales de los años ochenta por juzgados y audiencias<sup>4</sup>, es favorable a su aplicación en asuntos de responsabilidad de abogados y procuradores, aunque no siempre se maneje rigurosamente<sup>5</sup>. La aplica también en casos de responsabilidad médico-sanitaria a partir de la emblemática Sentencia de 10 de octubre de 1998<sup>6</sup>, después de que lo hicieran las audiencias provinciales<sup>7</sup>. En el orden contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional<sup>8</sup>, los Tribunales Superiores de Justicia<sup>9</sup> y el Tribunal Supremo<sup>10</sup> la aplican también en supuestos de responsabilidad de la Administración sanitaria. En este plano destacan las Sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 7 de julio (RJ 2008, 6872) y 26 de junio 2008 (RJ 2008, 6525)<sup>11</sup>. Fuera del ámbito de la responsabilidad civil de profesionales médicos y forenses, son aún raras las aplicaciones de la doctrina de la oportunidad perdida.

<sup>4</sup> Por ejemplo, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid, de 2 diciembre 1994, recaída en juicio civil 909/1993.

<sup>5</sup> Cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), 16 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) y 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4630).

<sup>6</sup> La mano amputada de un trabajador no pudo ser reimplantada por las condiciones en que se produjo el transporte al hospital; llegó en un avanzado estado de congelación como consecuencia del descuido de la enfermera encargada de habilitar el transporte. La operación de reimplante fracasó precisamente por ello. El Tribunal Supremo no podía asegurar que la intervención médica habría sido exitosa, si la mano hubiera llegado en mejores condiciones, ni podía, por tanto, establecer la conexión causal entre la negligencia de la profesional sanitaria y el daño derivado de la no reimplantación de la mano. Recurrió a la doctrina de la pérdida de oportunidad, fijando la indemnización en 1.500.000 ptas. (9.151€), lo que supuso estimar solo parcialmente la pretensión de la demandante, cifrada en 20.000.000 de ptas. (120.202 €). Un análisis de esta Sentencia en Yzquierdo Tolsada (1999, pp. 533-542).

<sup>7</sup> Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de León (Secc. 2.<sup>a</sup>), de 15 de septiembre de 1998 (AC 1998, 1504) y de Madrid (Secc. 18.<sup>a</sup>), de 5 mayo del mismo año (AC 1998, 7198).

<sup>8</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional (Secc. 4.<sup>a</sup>) de 13 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 25811).

<sup>9</sup> Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del País Vasco núm. 1205/2001, de 14 de diciembre (JUR 2002, 84276), y núm. 525/2005, de 3 de junio (JUR 2005, 207921); y de Madrid, de 31 de enero de 2006 (JUR 2006, 120373) y núm. 156/2006, de 2 de febrero (RJCA 2006, 383).

<sup>10</sup> En supuestos de ausencia de consentimiento informado, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, de 25 de febrero de 2004 (RJ 2004, 3889) y 22 de junio de 2005 (RJ 2005, 5323). En casos de diagnóstico intempestivo de dolencias o enfermedades, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2005 (RJ 2005, 9611).

<sup>11</sup> La primera sentencia se refiere a un submarinista que sufre un accidente de descompresión en Cullera (Comunidad Valenciana). Este tipo de contingencia exige actuar con la máxima celeridad introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica, de modo que, a mayor demora, mayor riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz. En Valencia no había una cámara hiperbárica, por lo que hubo de trasladarse al buceador a un hospital barcelonés. El problema fue que el traslado no se hizo en helicóptero, sino en ambulancia, y que esta salió casi cuatro horas después de que el paciente ingresara en el hospital La Fe de Valencia. El tratamiento fue ineficaz quedando el paciente postrado en silla de ruedas. La segunda sentencia se refiere a un error de diagnóstico: ante la sospecha de enfermedad tuberculosa, se indicaron determinadas medicinas. La paciente no sufría tuberculosis y tenía una predisposición individual a padecer toxicidad por esas medicinas. Se suspendió el tratamiento, pero la paciente ya había desarrollado una neuritis óptica bilateral con disminución de agudeza visual. En ambos casos el tribunal descarta que exista la prueba del nexo causal entre el hecho lesivo y el daño (la paraplejía y la neuritis) porque es posible que este hubiera seguido produciéndose, aunque la Administración hubiera actuado correctamente (transportando rápidamente al buceador a Barcelona; y diagnostican-

## 1.2. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

Durante los últimos diez años, han proliferado las Sentencias que aplican este «régimen de imputación probabilística» (con estos términos, SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2012, y Sala 3.<sup>a</sup>, de 20 de marzo de 2018, a las que me refiero *infra* § 4.2.1), así como los trabajos que se refieren a él. El presente estudio toma en consideración estas sentencias y trabajos a fin de articular una reflexión pausada en torno a los dos principales problemas que suscita la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal: (a) el *fundamento* de esta solución, es decir, las razones *normativas* por las que podría afirmarse que el sistema jurídico español ha desplazado el criterio resultante de las cláusulas generales del Derecho de daños conforme al que la única responsabilidad posible es la *total* basada en la prueba del nexo causal; y (b) para el caso de que la responsabilidad proporcional pudiera considerarse normativamente justificada, la delimitación de su *ámbito de aplicación*, esto es, la determinación de los casos de incertidumbre causal gobernados por la regla de responsabilidad proporcional frente a aquellos que siguen regidos por la regla del «todo o nada».

La respuesta a ambos problemas es directamente dependiente de las teorías generales de la causalidad del Derecho de daños y de la valoración probatoria en el proceso judicial. Las examinaré a continuación (§ 2), destacando los elementos que permitirán después caracterizar la regla de responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal (§ 3). Tras ello abordaré al fin su fundamento normativo (§ 4) y ámbito de aplicación (§ 5).

## 2. PRESUPUESTOS

### 2.1. LA APRECIACIÓN DEL NEXO CAUSAL COMO JUICIO NORMATIVO

Un elemento fundamental de las normas de responsabilidad resarcitoria es la *relación o nexo causal* entre el hecho lesivo y el daño, esto es, entre la conducta del sujeto agente y la lesión del sujeto paciente. Se dice que hay causalidad cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos, como si no hubiera mediado el hecho lesivo, resulta, lógicamente, que el daño no se habría producido. Es la regla llamada en el Derecho norteamericano *but for test* (examen «de no haber sido por» o «de no haber mediado» –el hecho lesivo–), según la cual hay causalidad cuando puede responderse positivamente a la pregunta ¿se habría verificado el daño de faltar la conducta del demandado? (*would the plaintiff's harm have occurred «but for» the defendant's conduct?*). Es también la que el Derecho europeo, partiendo de las aportaciones del científico inglés John Stuart Mill y del penalista alemán Maximilian Von Buri, denomina teoría de la *condicio sine qua non*, de la equivalencia de las condiciones, de la equivalencia (*Äquivalenz-theorie*) o de la condición (*Bedingungstheorie*).

---

do adecuadamente la dolencia o, al menos, aconsejando la toma de esas medicinas que contrarrestan los efectos de las antituberculosas). Aplica en consecuencia la regla de la responsabilidad proporcional bajo la etiqueta de doctrina de la pérdida de oportunidad (aunque es posible que, en realidad, hubiera elementos de juicio para tener por demostrado el nexo de causalidad).

El juicio de causalidad se resuelve en un examen hipotético y retrospectivo *ex post* encaminado a verificar la condicionalidad necesaria del hecho lesivo en la producción del menoscabo. Cuando el hecho lesivo es la omisión de una conducta debida, la determinación de si hubo o no nexo causal obliga a figurarse el derrotero de los acontecimientos que habría tenido lugar de *no* faltar la acción positiva omitida. La *supresión mental* del hecho lesivo (método de la eliminación) es, en realidad, en estos casos, la *agregación mental* de la conducta debida (método de la sustitución). De este modo, la apreciación del nexo causal presupone la existencia de un deber jurídico del agente respecto de la víctima. Por eso se dice que, en rigor, las causalidades omisivas no son causalidades físicas o naturales en sentido estricto, pues de esa calidad son solo las acciones positivas. Ahora bien, lo relevante estrictamente es que la comprobación de que la acción omitida ocasionó el daño constituye un presupuesto fáctico equivalente a la comprobación de un nexo causal en sentido estricto<sup>12</sup>. Según veremos con detenimiento después, la valoración, a efectos de la determinación del nexo causal, en torno a qué habría ocurrido, de no haber mediado el hecho ilícito (o con la conducta omitida), es un juicio *normativo* que mide el grado de (correspondencia con la) verdad de la hipótesis de que el agente produjo el menoscabo.

La dogmática jurídica, sobre todo europeo-continental, ha prestado tradicionalmente escasa atención a la causalidad como hecho cuya prueba exige aquel juicio normativo sobre el grado de (correspondencia con la) verdad de la hipótesis causal. De ello es todavía expresión la llamada teoría de la imputación objetiva<sup>13</sup>. Su formulación, al igual que la de sus predecesoras (doctrinas de la causalidad próxima, eficiente o adecuada), responde a la ambición de evitar una concepción «naturalista» de la causalidad basada en la equivalencia de las condiciones; de otro modo, se entiende, cada una de las *condiciones sine quibus non* de un daño debería reputarse apta para engendrar responsabilidad civil. La teoría propone al efecto separar el plano de los hechos (causalidad física como *conditio sine qua non*) del plano del Derecho (imputación objetiva). El primero estaría libre de valoraciones específicamente normativas. El segundo requeriría de la aplicación de normas. Uno proporcionaría un presupuesto fáctico de la responsabilidad (en ausencia de un determinado evento, la víctima habría dejado de padecer el daño). Otro pasaría ese elemento fáctico por el filtro del Derecho (los criterios de imputación objetiva) de modo tal que puede haber causas naturales jurídicamente irrelevantes y, por tanto, incapaces de encender la mecánica de la responsabilidad. La teoría tiene utilidad (sobre todo para explicar la doctrina de la concurrencia de causas). No obstante, soslaya la reflexión jurídica en torno a la causalidad fáctica bajo el entendimiento de que pertenece al mundo del *ser* y de que su conocimiento corresponde esencialmente al experto o al científico natural.

Al presentar el juicio de causalidad como físico o puramente naturalista, no normativo, la teoría de la imputación objetiva desarrolla un defecto característico de la dogmática tradicional.

<sup>12</sup> En este sentido, Gascón Abellán (2009, p. 384).

<sup>13</sup> Pantaleón Prieto (1991, pp. 1971-2003) importó al Derecho civil español la teoría de la imputación objetiva que, por influencia de la dogmática alemana, estaba ya mayoritariamente aceptada en el ámbito de la responsabilidad penal (cfr. Martínez-Escamilla [1992]). La jurisprudencia civil del Tribunal Supremo acepta, al menos formalmente, esta teoría. No obstante, últimamente está siendo objeto de críticas: Peña López (2011).

Centrada en la construcción de teorías explicativas del sistema jurídico y en la interpretación de las normas, esa dogmática prestaba escasa atención a los hechos, como si no fueran Derecho. Partía de que el juicio al hecho debe abandonarse irremediabilmente a la subjetividad del juzgador o, a la inversa, daba por sentado que ese juicio es tan objetivo que no plantea problemas jurídicos<sup>14</sup>. Como consecuencia de ello, establecer el hecho individual reconducible al hecho abstracto previsto en la norma (supuesto de hecho) se ha interpretado como un problema ajeno a esa norma, que pertenece, no al Derecho sustantivo, sino exclusivamente al Derecho procesal y, más concretamente, a las dinámicas de cada concreto procedimiento.

La marginación de la *quaestio facti* y su radical separación de la *quaestio iuris* explican por qué la dogmática jurídica ha ayudado tradicionalmente poco a la resolución del que constituye, probablemente, uno de los problemas más relevantes del Derecho de daños: la incertidumbre. El problema que debe afrontar el juzgador no es tanto elegir un factor relevante de entre los infinitos que componen la cadena causal como establecer si el concreto hecho identificado en la demanda es verdaderamente causa del daño, esto es, determinar si, en su ausencia, la víctima habría dejado de sufrir el menoscabo. Dicho de otro modo: lo único que preocupa a la teoría de la imputación objetiva es seleccionar una *condicio* jurídicamente relevante, pero, en realidad, el juez tiene ya ante sí un hecho perfectamente acotado y la cuestión, a veces extremadamente compleja, es si puede decirse que ese hecho constituye en efecto una *condicio sine qua non*. ¿Cómo lo hace? ¿Cómo resuelve ante la incertidumbre? La tarea es estrictamente jurídica, corresponde al juez y está penetrada tanto de la racionalidad de la teoría del conocimiento empírico como de fines o intereses políticamente seleccionados, según veremos.

Consecuentemente, definido el hecho causal como condición *sine qua non*, se hace preciso acudir a la teoría general de la valoración probatoria para determinar cuáles son las reglas jurídicas conforme a las que puede afirmarse o descartarse la hipótesis de que, sin el hecho ilícito (o con la conducta debida), el daño no se habría producido. Solo después podremos abordar cumplidamente la caracterización, fundamento y ámbito de aplicación de la regla de responsabilidad proporcional.

## 2.2. LA APRECIACIÓN DEL NEXO CAUSAL COMO JUICIO PROBABILÍSTICO

El sistema jurídico se monta sobre la premisa de que los humanos podemos conocer el mundo real. Cuando la ley obliga a imponer su consecuencia jurídica si un determinado hecho puede subsumirse en su supuesto de hecho normativo, está conminando a la juzgadora averiguar la verdad de aquel hecho individual, esto es, a descubrir si ha acaecido efectivamente en la realidad objetiva. En lo que aquí importa, las cláusulas generales de responsabilidad resarcitoria del Derecho español (arts. 1101 y 1902 del Código Civil y art. 32.1 de la Ley 40/2015), cuando asocian la consecuencia jurídica de la indemnización a la existencia del nexo causal, presuponen que el conocimiento humano permite averiguar si el daño hubiera ocurrido en ausencia del hecho lesivo, conminando al juzgador a descubrirlo a partir de las informaciones aportadas al proceso.

<sup>14</sup> Ha tratado ampliamente el desprecio de los hechos por parte de los juristas Blanquer Criado (2006b, pp. 19-26 y, sobre todo, 2006a, 41-64).

Ciertamente, el Derecho asume la radical imperfección del conocimiento empírico y, por tanto, la imposibilidad material de que el juez acceda a la verdad absoluta; «en la Tierra la verdad es cuestión de grado»<sup>15</sup>. Por eso, cuando la norma vincula su consecuencia jurídica a la prueba de un hecho individual, está exigiendo, simplemente, que el juzgador justifique racionalmente que ese hecho se corresponde suficientemente con la realidad objetiva<sup>16</sup>. De modo que las cláusulas generales de responsabilidad resarcitoria, al asociar la consecuencia jurídica de la indemnización a la existencia del nexo causal, están obligando a los jueces y magistrados a determinar racionalmente si, en ausencia del ilícito, la víctima habría dejado de padecer el menoscabo.

La aplicación del supuesto de hecho normativo obliga más precisamente a determinar el grado de *aceptabilidad* (esto es, de correspondencia con la verdad objetiva) del hecho individual cuya prueba desencadenaría la consecuencia jurídica<sup>17</sup>. Esto es tanto como determinar, a partir de las informaciones disponibles, si la probabilidad de la hipótesis fáctica es más o menos alta o más o menos baja. El nivel de probabilidad de una concreta hipótesis fáctica puede establecerse mediante criterios matemáticos o estadísticos en casos muy excepcionales. Comoquiera que las probabilidades matemáticas y frecuenciales no proporcionan información sobre el caso concreto, su utilidad como criterios racionales de estimación es tanto menor cuanto mayores sean los datos relativos al asunto concretamente enjuiciado<sup>18</sup>.

Lo normal es que el grado de probabilidad de las hipótesis fácticas se determine mediante la lógica inductiva, esto es, a través de las leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia. Son las llamadas reglas de la «sana crítica» (arts. 316.2, 348 y 376 LEC) o «criterio humano» (art. 386.1 LEC).

Conforme a la lógica inductiva, el grado de probabilidad aumenta o disminuye en función de una serie de criterios que puede exponerse resumidamente de la siguiente manera<sup>19</sup>: (a) *la fiabilidad de las reglas o máximas de experiencia manejadas*: tanto mayor es la probabilidad de un hecho cuanto más fiables son las leyes o máximas empleadas o, dicho de otro modo, «el grado de probabilidad de una hipótesis es directamente proporcional al fundamento y al grado de probabilidad expresado por las regularidades o máximas de experiencia usadas en la confirmación»; (b) *la fiabilidad de las informaciones o pruebas utilizadas*: tanto mayor es la probabilidad de un hecho cuanto mayor es el grado de fiabilidad o certeza de las pruebas recabadas o, más concretamente, «la probabilidad de una hipótesis es tendencialmente mayor cuando viene confirmada por constataciones [que son el resultado de prueba directa u observacional] o conclusio-

<sup>15</sup> Frank (1993, p. 40).

<sup>16</sup> Cfr. Gascón Abellán (2010 pp. 47-124).

<sup>17</sup> Taruffo (1992, pp. 199-200).

<sup>18</sup> Al respecto, ampliamente, Taruffo (1992, pp. 191-192), Gascón Abellán (2010, p. 173) y Haack (2014, pp. 47-77).

<sup>19</sup> La exposición que sigue es una simplificación de la de Gascón Abellán (2010, pp. 178-187). Sobre estos criterios de valoración, también González Lagier (2003, pp. 45-55).

nes [obtenidas por prueba deductiva, como sucede con muchas de las científicas (p. ej. ADN)] que cuando viene confirmada por hipótesis [hallada a través de prueba indirecta o inductiva]»; (c) *la cantidad y variedad de informaciones*: un hecho es tanto más verosímil o probable cuanto mayor es el número y la diversidad de los datos que lo sustentan o, lo que es lo mismo, tanto mayor es el grado de probabilidad de una hipótesis cuanto mayor es la cantidad y variedad de pruebas que la confirman; (d) *el número de pasos inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas*: tanto mayor es la probabilidad de una hipótesis cuanto menor es el número de pasos inferenciales entre tales hipótesis y las pruebas que la confirman o, más claramente, la probabilidad de un hecho «es menor cuanto mayor sea el número de pasos que componen el procedimiento probatorio que conduce a su confirmación»; (e) *el número de hipótesis alternativas posibles y su grado de probabilidad*: tanto mayor es la probabilidad de una hipótesis cuanto menores sean el número y el grado de verosimilitud de los hechos que podrían refutarla.

Estos criterios pertenecen a la epistemología general, pero se transforman en reglas estrictamente jurídicas a través de cada una de las normas del sistema jurídico que impone su consecuencia jurídica solo si un hecho individual puede asignarse a su supuesto de hecho. La lógica inductiva permite diferenciar diferentes niveles de probabilidad. Ahora bien, en modo alguno alcanza la precisión matemática. Solo por razones de claridad expositiva cabe expresar en porcentajes los niveles de probabilidad establecidos mediante ella: muy alta ( $\geq 90\%$ ), alta ( $\geq 75\%$ ), media (50%), baja ( $\leq 25\%$ ) o muy baja ( $\leq 10\%$ ).

### 2.3. RÉGIMEN GENERAL: ESTÁNDAR DE LA PROBABILIDAD PREPONDERANTE Y CARGA DE LA PRUEBA

Corresponde ahora determinar ante qué nivel de probabilidad el sistema jurídico reputa que una hipótesis es *aceptable* por ser *suficientemente* probable. Ello remite al debate en torno a los llamados estándares (o umbrales) de probabilidad (o certidumbre, certeza o prueba); debate que en los últimos tiempos está llegando a ser central dentro de la filosofía jurídica y de la teoría de la responsabilidad<sup>20</sup>.

La epistemología general solo puede justificar racionalmente un baremo: el estándar de la probabilidad prevalente o preponderante<sup>21</sup>. Conforme a él, la hipótesis sobre un hecho resulta aceptable cuando es más probable que cualquiera de las hipótesis rivales sobre el mismo hecho,

<sup>20</sup> Se ha destacado en este sentido que «el análisis, e incluso la conciencia de la necesidad, de los estándares de prueba, desafortunadamente, es muy poco común en los sistemas de tradición romano-germánica»; «es indispensable enfatizar la imperiosa necesidad de establecer un umbral que determine el grado de prueba mínimo para "tener por probado que  $p$ " o, lo que es lo mismo, para que el juzgador tome la decisión en uno u otro sentido» Vázquez (2013, pp. 13-14). No obstante, empieza a haber un debate europeo-continental sobre los estándares de probabilidad en el proceso. Da cuenta de él Schweizer (2013). Recuperado de <[http://www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2013\\_12online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2013_12online.pdf)>.

<sup>21</sup> Taruffo (2005, p. 68).

siempre que dicha hipótesis resulte «más probable que no»<sup>22</sup>. Ello implica: (a) una hipótesis con probabilidad media o positiva (> 50%) es lógicamente preferible a las hipótesis alternativas con probabilidad inferior o negativa (< 50%); (b) una hipótesis no podrá aceptarse, aunque cuente con un nivel mayor de confirmación que sus rivales, si su probabilidad es negativa (< 50%), esto es, si es verosimilmente más falsa que verdadera; y (c) si compiten varias hipótesis con probabilidad positiva (> 50%), debe reputarse aceptable la dotada del mayor nivel de probabilidad<sup>23</sup>.

Comoquiera que el estándar de la probabilidad preponderante (*More-Likely-Than-Not Approach*, en ámbito angloamericano) es el único que la teoría del conocimiento puede justificar racionalmente, puede entenderse *prima facie* encerrado en la norma que asocia consecuencias jurídicas a la efectiva existencia de un hecho individual reconducible a su supuesto de hecho: si la norma quiere ser aplicada a hechos ciertos, hay que entender que las conclusiones de certeza deben apoyarse en la racionalidad del conocimiento; y el único estándar que satisface esta premisa es la probabilidad preponderante. Cualquier otro produce resultados contraepistemológicos.

El indicado estándar cuenta, además, con un profundo fundamento axiológico: la dignidad (art. 10.1 de la Constitución española, CE) como identidad de valor de todos los seres humanos por su calidad de tales, concretada en las exigencias constitucionales de igualdad general (art. 14 CE) e igualdad de armas en el proceso judicial (art. 24 CE), en particular. Se trata de «asegurar que los litigantes compartan el riesgo del error de manera aproximadamente igual»<sup>24</sup>. El umbral de la probabilidad media o preponderante produce la misma cantidad de falsos positivos (error tipo I: confirmar como verdaderas hipótesis que, en realidad, son falsas) y falsos negativos (error tipo II: descartar por falsas hipótesis que, en realidad, son verdaderas). Consecuentemente, trata por igual el interés de uno en la veracidad de la hipótesis fáctica y el interés del otro en la falsedad de esa hipótesis fáctica<sup>25</sup>. En cambio, bajar o elevar el umbral de certidumbre supone, por defi-

<sup>22</sup> Gascón Abellán (2005, p. 129).

<sup>23</sup> Una cosa es que la probabilidad preponderante sea el único criterio lógicamente justificable y otra bien distinta que las investigaciones científicas deban atenerse a él. De hecho, las ciencias sociales y empíricas manejan estándares altísimos de probabilidad que alcanzan cifras superiores al 90% (cfr. <<http://blogs.scientificamerican.com/observations/2012/07/17/five-sigmawhats-that/>>). La fijación de estos estándares responde a finalidades prácticas: asegurar el nivel de estabilidad que precisa un desarrollo científico ordenado y obligar a los investigadores a esforzarse si quieren poner en jaque el conocimiento establecido. Lo que quiero decir en el texto es que, abstracción hecha de todo contexto o finalidad, la probabilidad preponderante es el único estándar que puede justificarse en términos puramente lógicos. Naturalmente, con ello no pretendo restar importancia al contexto ni a las finalidades que pueden perseguirse mediante la fijación de estándares probabilísticos. Esas finalidades juegan un papel fundamental en el Derecho regulador del conocimiento de los hechos individuales.

<sup>24</sup> Tal es la famosa justificación que el juez Burger del Tribunal Supremo de los Estados Unidos asignó en *Addington v. Texas* (1979) al estándar de la probabilidad preponderante aplicable a los típicos casos civiles que plantean controversias monetarias. Cfr. Haack (2014, p. 51).

<sup>25</sup> En esta línea, Taruffo (2005, p. 70): «Si nos encontramos ante un ordenamiento en el que valen las reglas del derecho a la prueba y de la carga del prueba, y tiene vigor el principio de libre convencimiento del juez, el estándar de la probabilidad preponderante no solamente aparece como el criterio más racional, sino también el criterio más *justo* en términos de elección de *policy*». En el mismo sentido, Gascón Abellán (2005, pp. 130-131). En cambio, bajo la óptica de la *Law*

nición, privilegiar a un contendiente en detrimento del otro. Un estándar probatorio *suave* situado en la probabilidad baja ( $\leq 25\%$ ) o muy baja ( $\leq 10\%$ ) produce más falsos positivos que falsos negativos. Conduce a aceptar como cierto algo que puede tener más probabilidades de ser falso, lo que favorece especialmente al interesado en la veracidad del hecho. Un estándar probatorio *exigente* situado en la probabilidad alta ( $\geq 75\%$ ) o muy alta ( $\geq 90\%$ ) produce más falsos negativos que falsos positivos. Conduce a rechazar por incierto hechos con más probabilidades de ser verdaderos, lo que favorece especialmente al interesado en la falsedad de la hipótesis fáctica<sup>26</sup>.

La igualdad (general y procesal) constituye asimismo el fundamento de la regla de la carga (dinámica) de la prueba que complementa el indicado estándar. Conforme a ella, en caso de duda, esto es, cuando el juzgador es incapaz de determinar si la probabilidad de la hipótesis fáctica supera o no el umbral de la probabilidad preponderante ( $> 50\%$ ), debe quitar la razón a quien, estando en mejores condiciones de probar, no ha proporcionado los elementos de juicio que quizá habrían inclinado la balanza a su favor. Tal persona es habitualmente el demandante<sup>27</sup>, pero no necesariamente (p. ej., la Administración demandada en muchos pleitos de responsabilidad por negligencias médicas dispone de las informaciones que pueden ser relevantes para esclarecer si hubo nexo de causalidad)<sup>28</sup>. La carga de la prueba funciona así al lado del estándar de la probabilidad preponderante como regla de cierre para resolver la incertidumbre<sup>29</sup>.

---

& *Economics*, el fundamento del estándar de la probabilidad preponderante son las mayores cotas de bienestar social que se dice que propicia: este umbral produce igual cantidad de falsos positivos y de falsos negativos de modo que, si el coste de ambos errores es igual (como ocurre habitualmente en el Derecho civil por la simetría de los intereses en juego), es más eficiente desde la perspectiva de la riqueza global. *Cfr.* Posner (1999, pp. 1.477-1.546).

<sup>26</sup> Me distancio, en consecuencia, de los estudios que defienden, para la generalidad de los pleitos resarcitorios y civiles, el umbral de la probabilidad alta ( $\geq 75\%$ ) o muy alta ( $\geq 90\%$ ). Es el caso de Medina Alcoz (2007, pp. 284-285): «El Derecho español y, en general, los ordenamientos de la Europa continental imponen un estándar de persuasión bastante más riguroso [que la probabilidad preponderante] para apreciar el nexo causalidad [...] no es, sin más, lo que tiene más probabilidades de ocurrir que de no, sino lo que *muy probablemente* acontece o tiene bastantes posibilidades de suceder [...]. Puede decirse que [...] tales sistemas sitúan el umbral de convicción, persuasión o certidumbre en algún punto entre el 50% y el 90%. Por razones de operatividad y claridad expositiva, fijamos convencionalmente este dintel de certidumbre en el 80%». En la misma línea, refiriéndose a la generalidad de los pleitos civiles, Ormazábal Sánchez. (2004, pp. 17-24). El precitado estudio de Schweizer (2013) aplica una variedad de métodos de análisis empírico para concluir que los jueces de un país de *Civil Law* (Suiza) utilizan en asuntos civiles de hecho el estándar angloamericano de la probabilidad preponderante ( $>50\%$ ), mucho más bajo del que afirma la doctrina legal y del que indican los propios jueces cuando se les pregunta directamente por ello.

<sup>27</sup> De ahí los apartados 2 y 3 del artículo 217 de la LEC: «2. Corresponde al actor y al demandado reconveniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior».

<sup>28</sup> Por eso el artículo 217.6 de la LEC dispone lo siguiente: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

<sup>29</sup> *Cfr.* Rosenberg (1956, pp. 21, 23). De nuevo, para los analistas económicos del Derecho el fundamento del régimen general de la carga probatoria son los beneficios sociales que a su través entienden que se consiguen, no la identidad

A la vista del razonamiento expuesto, cabe afirmar que las cláusulas generales de responsabilidad resarcitoria del Derecho español (arts. 1101 y 1902 del Código Civil y art. 32.1 de la Ley 40/2015), cuando asocian la consecuencia jurídica de la indemnización a la existencia del hecho causal, están previendo que: (a) la hipótesis de que la víctima habría dejado de padecer el daño, de no haber mediado el hecho ilícito, ha de ser más probable que la hipótesis contraria (estándar de la probabilidad preponderante); y (b) que las dudas se resuelven favor de la parte que está en peores condiciones para demostrar (carga de la prueba).

De acuerdo con este régimen general, el juez no puede bajar o elevar el umbral de certidumbre ni invertir la carga de la prueba. La alteración judicial del estándar probatorio produciría resultados contraepistemológicos; conduciría a confirmar una hipótesis favorable al hecho causal con más probabilidades negativas que positivas y, a la inversa, a descartar una hipótesis con más probabilidades positivas que negativas. Esa alteración, al igual que la inversión judicial de la carga probatoria, supone a su vez sobreproteger a una parte en detrimento de la otra, quebrando su identidad de valor y la igualdad de armas dentro el proceso.

El régimen general y su alcance pueden explicarse a través del siguiente ejemplo. Un juez tiene elementos más que suficientes para afirmar que una paciente no fue adecuadamente informada de los riesgos aparejados a la intervención quirúrgica a la que fue sometida. Las pruebas periciales le permiten apreciar, también con seguridad, que la actualización de esos riesgos ha supuesto graves daños corporales y patrimoniales valorados en 300.000 euros. A fin de valorar si la víctima tiene derecho a esa cantidad en concepto de indemnización por responsabilidad civil, el juez debe determinar si es suficientemente probable que, de haber conocido aquellos riesgos, habría optado por no someterse a la intervención. Este problema permitirá ilustrar el juego del régimen ordinario de valoración probatoria (estándar de la probabilidad preponderante y regla de cierre en caso de duda favorable a quien estaba en peores condiciones para demostrar), así como las consecuencias de que el juez decida libremente no sujetarse a él<sup>30</sup>.

El juez debe aplicar el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, conforme al que la Administración sanitaria responde solo si hay causalidad demostrada, esto es, si resulta suficientemente probable que la víctima hubiera optado por no someterse a la intervención de haber conocido los riesgos a los que se exponía. A tal efecto deberá tener en cuenta datos tales como: (a) la gravedad y la probabilidad del riesgo no comunicado (si son altos, menor es la probabilidad de que el riesgo sea aceptado y, por tanto, mayor la probabilidad causal); (b) la gravedad de la patología y la probabilidad de éxito de la intervención (si son altos, mayor es la probabilidad de que el riesgo sea acep-

---

de valor de los intereses que compiten dentro del proceso: al ubicar la carga de la prueba en aquella persona que puede demostrar a menor coste, el Derecho pretende incentivar que esa persona genere pruebas, que contribuya de este modo a reducir el número de errores y, con ello, que maximice la riqueza global. *Cfr.* Posner (1999, pp. 1.477-1.546).

<sup>30</sup> Dejo deliberadamente al margen la cuestión de si la víctima ha sufrido en todo caso una injerencia en su derecho de autodeterminación constitutiva de un daño moral jurídicamente relevante. Este problema, en rigor, nada que ver tiene con la incertidumbre causal; a él me refiero después (*infra* § 4.1 *in fine*).

tado y, por tanto, menor la probabilidad causal); (c) la decisión que presumiblemente adoptaría un hombre medio hoy en España (p. ej., elementos expresivos de que en España es normal que firmemos a ciegas las hojas de consentimiento por la confianza depositada en la sanidad pública); y (d) cualquier otra información sobre el concreto caso que pueda ser relevante (p. ej., el riesgo actualizado conllevó la interrupción del embarazo; o supuso transfusiones sanguíneas de las que no fue informado un testigo de Jehová).

Lo habitual en estos casos es que haya un déficit de información que impida juicios concluyentes de modo tal que la aplicación del estándar de la probabilidad preponderante conducirá a rechazar la concurrencia del nexo causal y, con ello, la indemnización de aquellos graves daños corporales y patrimoniales. Téngase en cuenta que en este concreto caso pudiera no operar la regla de cierre de la carga probatoria y que, si lo hiciera, la parte favorecida sería la Administración: (a) ante la ausencia de informaciones, es posible que las probabilidades causales sean bajas o muy bajas sin que, por tanto, se planteen dudas del calibre capaz de activar la regla de cierre; (b) en todo caso, la regla funciona en este asunto a favor de la Administración habida cuenta de que ella no está en mejores condiciones que la paciente para proporcionar información sobre lo que esta habría decidido caso de ser convenientemente informada de los riesgos de la intervención médica.

El juez, si, atendiendo a la penosa situación en que se halla la víctima, optase por invertir la carga de la prueba o por degradar el umbral de certidumbre a la probabilidad baja o muy baja, podría declarar la concurrencia del hecho causal y, con ello, la obligación de la Administración de abonar los 300.000 euros<sup>31</sup>. Ahora bien, tal resultado sería contraepistemológico en la medida en que confirma una hipótesis fáctica que cuenta con más probabilidades negativas que positivas. Por ello es incompatible con el estándar racional que impone el artículo 32.1 de la Ley 40/2015 cuando asocia su consecuencia jurídica (indemnización) a la existencia de un hecho individual (la paciente habría descartado la intervención de haber sido adecuadamente informada) reconducible a su supuesto de hecho (lesión derivada del funcionamiento de los servicios públicos). Además, el juzgador sobreprotegería a una parte en detrimento de la otra, quebrando su identidad de valor y la igualdad de armas dentro el proceso. Dicho crudamente: establecería un criterio político de distribución ajeno a la norma aplicada conforme al que vale más la víctima que el contribuyente, o lo que es lo mismo, que es mejor destinar parte de los recursos públicos a una concreta paciente que a la adquisición de equipamientos médicos o a la construcción de autopistas<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> El problema no es de laboratorio. Hay sentencias que, ante la ausencia de consentimiento informado, asumen con muy pocos datos y razonamientos que el paciente habría rechazado la intervención o el tratamiento de haber sido adecuadamente ilustrado de los riesgos aparejados y efectivamente desencadenados (p. ej. la STS, Sala 3.ª, de 20 de septiembre de 2005).

<sup>32</sup> Claro está, pero quizá convenga decirlo: exactamente lo mismo ocurre cuando, a la inversa, el juez identifica el estándar probatorio con la probabilidad alta o muy alta para descartar un nexo causal que cuenta con una probabilidad positiva o superior al 50%. Establece una solución igualmente desigualitaria y contraepistemológica en aplicación de un criterio político de distribución que tampoco en este caso puede fundarse en el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial.

## 2.4. REGÍMENES EXCEPCIONALES: ESTÁNDARES PROBABILÍSTICOS SUAVE Y EXIGENTE E INVERSIÓN LEGAL DE LA CARGA PROBATORIA

Cosa distinta y muy relevante es que la propia Constitución quiera quebrar la racionalidad epistemológica y la igualdad en razón de intereses o criterios de mérito establecidos por ella; o que sea el legislador quien imponga el sacrificio para privilegiar otros fines, lo que es perfectamente posible, dentro de ciertos límites, en un Estado que es social y democrático (art. 1.1), no solo de Derecho, y que, por tanto, autoriza (e impulsa) regulaciones sin signo individualista (arts. 9.2, 39 a 52 CE). Son muchas las normas que sobreprotegen el interés de una de las dos partes separándose del estándar general de la probabilidad preponderante y de la regla de cierre favorable a quien está en peores condiciones para demostrar. Una característica del Derecho contemporáneo es, justamente, la creciente frecuencia con que prescinde parcialmente de la racionalidad epistemológica para *regular* el conocimiento de los hechos individuales conforme a fines sociales<sup>33</sup>.

El ordenamiento utiliza habitualmente tres fórmulas para desplazar la racionalidad epistemológica y el valor de la igualdad del régimen general de la probabilidad preponderante con regla de cierre favorable a quien está en peores condiciones para demostrar: (a) la inversión legal de la carga probatoria a través de una regla de cierre que en caso de duda favorece sistemáticamente a una de las partes; (b) la fijación de un estándar exigente de certidumbre correspondiente con probabilidades altas ( $\geq 75\%$ ) o muy altas ( $\geq 90\%$ ); y (c) la fijación de un estándar suave de certidumbre correspondiente con probabilidades bajas ( $\leq 25\%$ ) o muy bajas ( $\leq 10\%$ ). La primera solución no se aleja mucho de la racionalidad epistemológica, pero sacrifica claramente la igualdad de las partes. Las dos siguientes quiebran fuertemente tanto una como otra: benefician el interés de una de las partes al afirmar como falsas hipótesis que pueden tener más probabilidades de ser verdaderas (mayor riesgo de falso negativo que de falso positivo); o como verdaderas hipótesis que pueden tener más probabilidades de ser falsas (mayor riesgo de falso positivo que de falso negativo).

Un ejemplo del primer tipo de norma probatoria especial (*inversión legal de la carga de la prueba*) es la regla de cierre *in dubio pro operario* recogida en el artículo 3.2 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Ante la incertidumbre de una hipótesis fáctica, el juez debe confirmarla o descartarla según lo que interese al trabajador. Por ejemplo, ante la duda de si la solicitud de una prestación social (p. ej., la de paternidad correspondiente a los días de licencia para cuidar al hijo recién nacido) fue presentada dentro de plazo, debe tenerse por cierta la hipótesis de la tempestividad (entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 6306/2010, de 4 de octubre). Hay que notar que esta regla probatoria especial afecta, no al umbral ordinario de certidumbre (probabilidad preponderante), sino a la regla general de cierre en caso de duda (favorable a quien está en peor situación para probar). Al establecer un criterio favorable a

<sup>33</sup> Se ha dicho en este sentido que «el estándar de prueba presupone una decisión de política pública sobre el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas y, con ello, la distribución de errores entre las mismas que se busca conseguir en un proceso judicial»: Vázquez, C. (2013, p. 14).

los intereses del trabajador, la ley impone propiamente la inversión de la carga probatoria. Tal inversión no se produce cuando, en aplicación del artículo 217.6 de la LEC, la regla ordinaria de cierre acaba beneficiando al demandante porque el demandado era en el caso quien estaba en mejores condiciones para probar. En ese supuesto, el mismo régimen general que favorece habitualmente al demandado es el que acaba favoreciendo al demandante. Por eso la «inversión» solo se produce estrictamente cuando, como ocurre en el caso del *in dubio pro operario*, una regla probatoria especial establece que ante la incertidumbre corresponde resolver sistemáticamente a favor de una de las partes, cualquiera que esta sea<sup>34</sup>. Si el régimen general de la carga probatoria desarrolla una idea de igualdad formal, las reglas especiales indicadas se ajustan a la justicia distributiva; sobreprotegen el interés de una parte en detrimento del de la otra.

Un ejemplo del segundo tipo de regla probatoria especial (*estándar probabilístico exigente*) es la garantía constitucional de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). La doctrina constitucional española ha reducido mucho el contenido y alcance del principio de presunción de inocencia; viene a limitarlo a la garantía de que las sentencias condenatorias descansen en un discurso racional y en pruebas de cargo<sup>35</sup>. Sin embargo, el Derecho occidental lo asocia a garantías más penetrantes: confirmación de las pruebas de cargo, refutación de las de descargo y absolución si hay dudas sobre los hechos. El *in dubio pro reo* constituye una regla de inversión de la carga probatoria; impone sistemáticamente la solución de las dudas fácticas del modo más favorable al imputado. Más aún, la presunción de inocencia afecta al propio umbral de certidumbre; encierra, en particular, el estándar de probabilidad que el Derecho norteamericano define como demostración «más allá de toda duda razonable» (*Beyond-Any-Reasonable-Doubt Approach*)<sup>36</sup>. Con ello se expresa la exigencia de que la hipótesis fáctica supere un nivel cualificado de probabilidad, lo que implica aceptar un hecho como falso, aunque pueda tener más probabilidades positivas que negativas (mayor riesgo de falso negativo que de falso positivo). Se trata de un criterio de justicia distributiva conforme al que «son preferibles los culpables libres, que los inocentes encarcelados» para que «la sociedad soporte casi por completo el riesgo del error»<sup>37</sup>. El asunto O. J. Simpson es, posiblemente, el más famoso de cuantos evidencian el juego de este estándar probabilístico. La misma conducta fue enjuiciada en dos procesos, uno penal (para vislumbrar si debía dar lugar a una pena de prisión por un doble homicidio) y otro civil (para determinar si debía dar lugar a una indemnización

<sup>34</sup> En parecido sentido, Ormazábal Sánchez (2004, pp. 17-24).

<sup>35</sup> De modo que «desde la perspectiva constitucional, mientras el derecho a la presunción de inocencia se halla protegido en la vía de amparo, el principio *in dubio pro reo*, en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial, ni está dotado de la misma protección ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas» (STC 61/2005, de 14 de marzo, FJ 4.<sup>a</sup>).

<sup>36</sup> Cfr. Shapiro (1991). Entre nosotros, Ferrer Beltrán (2007, pp. 144-152).

<sup>37</sup> La cita es, nuevamente, del juez Burger del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Addington v. Texas* (1979). Cfr. Haack (2004, p. 51).

por daños). En parte por la diversidad de estándares probabilísticos, no había suficiente prueba para afirmar la verdad de aquella conducta «más allá de toda duda razonable» a efectos criminales, pero sí para tenerla por cierta a efectos resarcitorios; la hipótesis de que el Sr. Simpson causó la muerte de dos personas era más probable que la contraria. La diversidad de estándares podría explicar también en el Derecho español por qué quien resulta absuelto por la subsistencia de alguna duda en torno al hecho enjuiciado en el proceso penal no es acreedor del derecho a un resarcimiento por los días en que estuvo preventivamente encarcelado si es más probable que llevara a cabo la conducta antijurídica que la hipótesis contraria; el ordenamiento sobreprotege un determinado interés en el proceso penal, pero no en el juicio resarcitorio: el Derecho atribuye el mismo valor al interés del preventivamente encarcelado en obtener la indemnización que al interés del contribuyente en no abonarla. Por eso el estándar probatorio para resolver la reclamación compensatoria es, según creo, la probabilidad preponderante<sup>38</sup>.

Un ejemplo del tercer tipo de regla probatoria especial (*estándar probabilístico suave*) es la prohibición constitucional de las denominadas discriminaciones odiosas por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra condición personal o social (art. 14 CE). La doctrina constitucional distingue la igualdad general de la prohibición de discriminación. Esta última enlaza con el artículo 9.2 de la CE en el sentido de que expresa la opción constitucional conforme a la que los poderes públicos deben proteger positivamente a individuos que han sido tradicionalmente objeto de discriminación. Ello conduce a interpretar que el artículo 14 de la CE encierra una regla probatoria *especial* que opera en el caso de que concurra un mínimo panorama indiciario de discriminación. Según afirma el Tribunal Constitucional, esa regla conmina a probar la ausencia de discriminación a quien alega no haber incurrido en ella (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre y 41/2002, de 25 de febrero). Por ejemplo, en el contexto del Derecho laboral y el orden jurisdiccional social, pueden ser indicios de que el despido es discriminatorio por razón de sexo: (a) la trabajadora estaba embarazada; (b) el empresario podía conocer que la trabajadora estaba embarazada; (c) el despido se produjo justo después de que el empresario pudiera conocer que la trabajadora estaba embarazada. Si el empresario no aporta elementos de juicio muy sólidos demostrativos de que el cese respondió a causas legítimas (p. ej., recurrente absentismo laboral o clara falta de productividad) y, en todo caso, ajenas por completo a todo propósito discriminatorio, el artículo 14 de la CE obliga al juez social a tener por cierta la hipótesis fáctica de que la trabajadora fue despedida por razón de su embarazo y, por tanto, discriminada. Esta solución suele interpretarse como efecto de una presunción legal *iuris tantum*. Ahora bien, este tipo de presunción encierra habitualmente umbrales especiales de certidumbre, en este caso, el estándar probabilístico suave: la doctrina constitucional exige pocos elementos de juicio a favor de la discriminación y muchos a favor de la hipótesis contraria. Ello implica, a la postre, que ante el déficit informativo carac-

<sup>38</sup> Esta última cuestión es compleja; exige un análisis (de la regulación legal y de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que desborda el propósito de este estudio. Me remito a Doménech Pascual y Puchades Navarro (2014); y Del Saz Cordero (2014, pp. 55-98).

terístico de este tipo de casos, para establecer la discriminación como hipótesis fáctica verdadera, al artículo 14 de la CE le basta la probabilidad baja o muy baja, que es la resultante de ese mínimo panorama indiciario. El estándar probabilístico suave expresa así un criterio de justicia distributiva conforme al que es justo proteger especialmente a individuos tradicionalmente marginados a costa de quienes están en condiciones de incurrir en (o evitar) la discriminación (mayor riesgo de falso positivo que de falso negativo)<sup>39</sup>. El legislador ha concretado en múltiples textos reglas probatorias similares para facilitar la afirmación de la discriminación (por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual) y la violación de la libertad sindical<sup>40</sup>.

Cuando el legislador del Derecho de daños sobreproteja el interés de una parte en detrimento del interés de la otra a través de reglas probatorias especiales como estas (inversión legal de la carga probatoria, estándar probabilístico exigente o estándar probabilístico suave), el órgano judicial no podrá ignorar la determinación legal ni, por tanto, atribuir por sí identidad de valor a esos intereses a fin de aplicar el régimen general de la probabilidad preponderante con regla de cierre para las dudas favorable a quien está en peores condiciones para probar. Si lo hiciera, infringiría el sistema legal a la vez que rechazaría la distribución de recursos políticamente establecida sin la autoridad ni la legitimidad que la Constitución ha conferido a los parlamentos y Administraciones. Más adelante (*infra* § 5.1) me refiero a una de estas reglas probatorias especiales del Derecho de daños que excluye legalmente el régimen general de la probabilidad preponderante: el artículo 14 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, que asigna más valor al interés de la sociedad en la restauración del daño ecológico que al interés del empresario en no sufragar ni afrontar tal restauración al situar el umbral de certidumbre del nexo causal en la probabilidad baja o muy baja.

Por lo mismo, las reglas probatorias especiales no admiten la aplicación analógica ni la interpretación extensiva. Las normas finalistas que no se dejan explicar en términos de igualdad son Derecho *excepcional*<sup>41</sup>. Piénsese en el siguiente ejemplo: la indemnización al empresario en los supuestos legalmente tasados de fuerza mayor que impide o dificulta la ejecución del contrato administrativo de obras (hoy, art. 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público). La Ley sobreprotege el interés público al que responde la obra pública (y,

<sup>39</sup> Naturalmente, esta interpretación de la prohibición de discriminación no es original del Tribunal Constitucional español. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, SSTEDH de 6 de julio de 2005, Nachova y otros c. Bulgaria; y 13 de diciembre de 2005, Timishev c. Russia.

<sup>40</sup> Artículos 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; 217.2 de la LEC; 60.7 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa; 96 y 179.2 de la Ley de procedimiento laboral (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril); 30, 32 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En el Derecho europeo, entre otros: artículos 19.1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; y 9 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo de 13 de diciembre por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

<sup>41</sup> *Cfr.* Atienza Rodríguez (1986, especialmente p. 186).

derivadamente, los intereses del empresario) con el fin de que la Administración contratante (y, derivadamente, los contribuyentes) soporten el coste económico de la fuerza mayor de modo tal que el contrato pueda llevarse a término. La Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, a mi juicio con buen criterio, interpreta la previsión restrictivamente (p. ej., Sentencia de 27 de octubre de 2009). La Ley, cuando circunscribe la medida distributiva a un supuesto, la excluye para todos los demás. El juez no puede aplicarla fuera de su estricto radio de aplicación para sobreproteger al empresario que ejecuta otros contratos administrativos por la sencilla razón de que no ha querido hacerlo el legislador. Admitirlo equivaldría a permitir la analogía para otorgar a un determinado colectivo (p. ej. mayores de 30 años) las ayudas públicas previstas para otro (p. ej. menores de 30 años).

### 3. CARACTERIZACIÓN

Sobre estas bases puede ya caracterizarse la regla de responsabilidad «proporcional» (o de causalidad o imputación «probabilística») ante la incertidumbre causal, desarrollada ampliamente, según hemos visto, bajo las etiquetas de responsabilidad por causa «anónima» y responsabilidad por «cuota de mercado», así como, sobre todo, de responsabilidad por «pérdida de oportunidad».

No pretendo aún valorar la responsabilidad proporcional para defenderla (o rechazarla) como regla instalada en (o excluida de) nuestro sistema jurídico; pretendo solo describirla y comprenderla por contraste con las soluciones a la incertidumbre causal ya examinadas: el régimen ordinario de la probabilidad preponderante y la carga de la prueba, así como las reglas excepcionales que imponen estándares probabilísticos exigentes o suaves o invierten la carga probatoria.

#### 3.1. RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL Y SISTEMA BINARIO

La regla de responsabilidad proporcional rompe el sistema binario (verdadero/falso y responsabilidad total/exoneración total) inherente a las fórmulas reseñadas, tanto a las ordinarias (probabilidad preponderante y carga de la prueba) como a las excepcionales (estándares exigente o suave de certidumbre e inversión legal de la carga probatoria). Por un lado, suprime la exigencia de un estándar probabilístico único, por encima del cual se afirma el nexo causal y por debajo del cual se niega el nexo causal. Por otro, rechaza que, ante la duda, haya de aplicarse una regla de cierre (carga probatoria) para afirmar o rechazar la causalidad. En suma, prescinde del umbral único de certidumbre, de la regla de cierre y, con ello, de la necesidad de declarar que el hecho causal existió o no existió para justificar una responsabilidad total o una exoneración total.

La regla de responsabilidad proporcional establece un criterio alternativo conforme al que, ante la duda, hay que indemnizar a la víctima en la medida de la probabilidad causal, tanto si esta es negativa (> 50%) como positiva (< 50%), siempre que supere un mínimo de seriedad –probabilidad baja (25%) o muy baja (10%)– sin desbordar otro máximo rayano a la plena certeza –probabilidad alta (75%) o muy alta (90%)–. Quedan al margen los supuestos en que hay seguridad, esto es, aquellos en que el juzgador puede confirmar fácilmente la falsedad o la verdad de la hipótesis porque las probabilidades son, bien bajas o muy bajas, bien altas o muy altas. Si hay certezas, los

casos se resuelven conforme al sistema binario inherente a aquellas fórmulas, esto es, descartando o confirmando el hecho causal y la responsabilidad total. Si hay dudas, el daño lo soportan ambas partes en la medida de la probabilidad causal. El juez traducirá las probabilidades en porcentajes (lo que encierra siempre dosis de convencionalidad) para multiplicar la cifra obtenida por el valor total del daño (que es la traducción monetaria de los perjuicios padecidos a través de pautas legales y de racionalidad, aunque dotada igualmente, por lo general, de convencionalidad; piénsese en la valoración de daños personales o extramatrimoniales o en las estimaciones de lucro cesante).

Pongamos algún ejemplo: (a) la paciente que pudo (o no) rechazar la intervención quirúrgica a la que fue sometida si el médico le hubiera ilustrado adecuadamente de los riesgos a los que se exponía y que, desgraciadamente, acabaron actualizándose; (b) la paciente que pudo (o no) evitar graves daños si el médico hubiera detectado tempestivamente la patología; (c) el justiciable que pudo (o no) obtener en grado de apelación una Sentencia favorable si el abogado no hubiera olvidado interponer el recurso; (d) el licitador que pudo (o no) obtener la adjudicación del contrato público, si la Administración no hubiera introducido en las bases criterios de valoración contrarios al Derecho europeo; (e) la finca que sufre daños causados por un animal, sin que se sepa a cuál de las cuatro parcelas colindantes pertenecía ese animal; (f) el niño que sufre graves perjuicios personales como consecuencia del medicamento que tomó su madre durante el embarazo, sin que se sepa cuál de los cuatro fabricantes proporcionó la concreta pastilla ni, por tanto, cuál de ellas causó aquellos daños personales; (g) el paseante que sufre un disparo, sin que se sepa cuál de los cuatro cazadores ha podido causarle el daño.

Supongamos que el valor del daño que sufren las pacientes, el justiciable o el licitador en los cuatro primeros casos es de 100.000 euros y que, a la vista de las informaciones disponibles, el juzgador alcanza a establecer solo que la probabilidad causal no parece muy baja ( $\geq 10\%$ ), pero tampoco muy alta ( $\leq 90\%$ ), es decir, que tal probabilidad pudiera superar el estándar de la probabilidad preponderante ( $> 50\%$ ), pero pudiera no hacerlo. Esta situación de incertidumbre casual, traducida en cifras, podría equivaler más o menos a un 50% de probabilidad causal de modo tal que la indemnización resultante habría de ser la mitad del valor total de los daños padecidos (50.000 €). En el caso (e), si el único elemento de juicio que permite afirmar que un propietario tiene más probabilidades causales que los demás es el tamaño de las respectivas fincas, la regla de la responsabilidad proporcional impondría que cada uno responda en la medida de su cuota de superficie. En el caso (f), si el único elemento de juicio que permite afirmar que un fabricante cuenta con más probabilidades causales es la cuota de mercado, la indicada regla impondría que cada uno responda en la medida de su cuota de mercado. En el caso (g), si no hay elementos de juicio que permitan afirmar que un cazador cuenta con más probabilidades causales que los demás, la indicada regla impondría que cada uno de los cuatro (posibles) agentes dañosos abone el 25% de la indemnización.

### 3.2. RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL Y RACIONALIDAD EPISTEMOLÓGICA

La regla de responsabilidad proporcional, a diferencia del régimen ordinario (probabilidad preponderante y carga de la prueba) y al igual que las fórmulas legales excepcionales (estándares

exigente o suave de certidumbre e inversión legal de la carga probatoria), quiebra la racionalidad epistemológica. Da lugar, bien a que la víctima sea indemnizada (parcialmente) con base en una hipótesis fáctica más falsa que verdadera (cuando la probabilidad causal es inferior al 50%), bien a que deje de recibir la compensación total con base en una hipótesis fáctica más verdadera que falsa (cuando la probabilidad causal es superior al 50%).

La regla impone un sacrificio a la racionalidad epistemológica similar al derivado de los estándares probabilísticos encerrados, por ejemplo, en la prohibición de no discriminación (art. 14 CE), en la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) o en la presunción de causalidad en la responsabilidad medioambiental (art. 14 de la Ley 26/2007). Más aún, el sacrificio impuesto es aquí todavía mayor. Los umbrales de certidumbre implican siempre un margen de error: afirman la verdad de un hecho si supera un mínimo probabilístico, pero ese hecho puede ser falso en la realidad objetiva; y niegan la verdad de un hecho si no alcanza el mínimo, pero ese hecho puede ser cierto en la realidad objetiva. Frente a ellos, la regla de causalidad probabilística falla siempre por definición: cada una de las soluciones que produce es equivocada en términos epistemológicos. En la realidad objetiva las cosas son o no son, de modo que si la causalidad *es*, el error consiste en afirmar solo como posible esa causalidad para reducir la indemnización; y si no *es*, el error consiste en afirmar la posibilidad del nexo causal en lugar de rechazar la indemnización.

La idea puede ejemplificarse mediante el siguiente caso: 99 enfermos de cáncer, todos ellos con una esperanza de supervivencia del 33%, reciben un tratamiento médico culpable y mueren. En ausencia de otros datos, cabe entender que la probabilidad de que cualquiera de estos pacientes hubiera sobrevivido en ausencia de la negligencia profesional es del 33%. La regla del «todo o nada» basada en el estándar general de la probabilidad preponderante (> 50%) conduce entonces a la denegación de indemnización en cada uno de los casos. Examinados todos ellos conjuntamente en términos estadísticos, cabe afirmar que, en realidad, el tratamiento adecuado habría salvado a 33 de aquellos pacientes, mientras que 66 habrían fallecido en cualquier caso. Consecuentemente, la aplicación del umbral de certidumbre del 50%, al denegar compensación en todos los supuestos, ha producido 33 errores. Por su parte, la regla de responsabilidad proporcional conduce al reconocimiento de una indemnización en cada uno de los supuestos (1/3 de la que correspondería por el fallecimiento). Como, estadísticamente, 66 pacientes habrían fallecido de todas maneras –aunque los médicos hubieran actuado diligentemente–, la regla produce otros tantos errores, por sobrecompensación. A su vez, como el tratamiento correcto habría salvado a 33 pacientes, esta regla comete 33 errores más, esta vez por infracompensación. De modo que, el «todo o nada» basado en la aplicación del estándar general de la probabilidad preponderante se ajusta más a la racionalidad epistemológica que la responsabilidad proporcional; en el caso, el porcentaje de errores de la primera (33%) es mucho menor que el de la segunda (100%)<sup>42</sup>. Más aún, cabe afirmar que el «todo o nada» basado en un umbral de certidumbre, cualquiera que este sea, producirá siempre un porcentaje mínimo de aciertos que en ningún caso genera la responsabilidad proporcional.

<sup>42</sup> Luna Yerga (2005, pp. 5-6) expone este caso, tomándolo de Johnson y Gunn (1999, pp. 370-371). Se refiere también a él, entre otros, Weigand (2002, pp. 15-16).

Con todo, la causalidad probabilística no entraña el radical sacrificio de la racionalidad epistemológica. Tanto cuando el sistema de responsabilidad civil impone un umbral de certidumbre causal como cuando prescinde de él para afirmar la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal, el operador está obligado a realizar el cálculo estimativo de probabilidad basado en las reglas de la sana crítica o lógica inductiva. De modo que en ambos casos las conclusiones probatorias y las indemnizaciones resultantes descansan en un riguroso fundamento empírico. Lo que ocurre es que la responsabilidad proporcional se libera del estándar de probabilidad y, con ello, del baremo racional que conduce a afirmar o negar la verdad de las hipótesis fácticas; y que sus resultados nunca son coincidentes con la realidad objetiva; no existen materialmente las verdades a medias.

### 3.3. RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL E IGUALDAD

La responsabilidad proporcional asigna identidad de valor al sujeto paciente y al sujeto agente. Trata la aspiración del primero de ser indemnizado y la del segundo de no indemnizar como intereses simétricos que merecen el mismo nivel de protección. En particular, distribuye por igual entre las partes el riesgo de error, como las reglas probatorias ordinarias («todo o nada» basado en el umbral de la probabilidad preponderante y carga probatoria) y a diferencia de las reglas excepcionales («todo o nada» fundado en los estándares probabilísticos suave y exigente e inversión legal de la carga probatoria).

Cabe apreciar, entonces, que la responsabilidad proporcional guarda una semejanza *fundamental* o *esencial* con la responsabilidad (o exoneración) plena basada en el umbral de la probabilidad preponderante. Sus diferencias son, no de fondo, sino de *forma*: realizan la igualdad mediante, en un caso, el «ni todo ni nada» ante probabilidades causales intermedias (entre el 10 o 25% y el 75 o 90%); y, en el otro, el «todo o nada» según que la probabilidad causal sea o no prevalente (> 50%). En cambio, la responsabilidad (o exoneración) total basada en el estándar de la probabilidad preponderante presenta una diferencia *fundamental* o *esencial* con los estándares suave o exigente de certidumbre. Una y otros adoptan similar *forma* (el «todo o nada», según un cierto nivel de probabilidad causal), pero sirven a muy diferentes fines: respetar la identidad de valor del interés de la víctima en ser indemnizada y del interés del agente en no indemnizar, en un caso (responsabilidad total basada en la probabilidad preponderante); y la superioridad de valor políticamente asignada a uno de esos intereses, en los otros (responsabilidad total basada en estándares probabilísticos suave o exigente).

Más aún, la responsabilidad proporcional responde a la identidad de valor de las partes implicadas incluso con más precisión que la responsabilidad (o exoneración) plena basada en el umbral de la probabilidad preponderante: evita la *injusticia* de que la víctima deje de obtener compensación por un perjuicio que el agente pudo haber generado y, correlativamente, que el agente indemnice plenamente una pérdida que pudo no haber causado. Desarrolla de este modo la idea de la igualdad rompiendo el «todo o nada» para introducir una pauta de «ni todo ni nada» con el fin de evitar que las dificultades probatorias obliguen a las partes a reparar o soportar la totalidad del daño. En suma, la imputación probabilística se aleja de la racionalidad epistemológica del es-

tándar de la probabilidad preponderante (más incluso que las otras reglas probatorias especiales), pero lo hace para ajustarse más que él a la identidad de valor de las partes<sup>43</sup>.

### 3.4. RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL Y EFICIENCIA

Cabe, en fin, examinar la responsabilidad proporcional desde la perspectiva de los beneficios que produce para el conjunto social, no solo como mecanismo de resolución del conflicto entre dos partes que atiende a la identidad de valor del interés de una en que le indemnicen y el interés de otra en no indemnizar. Un análisis de este tipo presupone una idea en torno a qué beneficia y qué perjudica al conjunto social, esto es, un criterio en torno a qué es de interés general. El movimiento de la *Law & Economics* propone un concreto concepto de interés general. Habría tanto más beneficio social cuanto mayor sea la suma total de las cuotas de bienestar de cada uno de los miembros de la colectividad. Bajo esta óptica, una regla es socialmente beneficiosa si puede reputarse eficiente, esto es, si su aplicación propicia la maximización de la riqueza global. Se afirma, en particular, que las normas de responsabilidad civil, al establecer las condiciones en que surge la obligación de indemnizar, contribuirán a incrementar la riqueza global cuando propicien la adopción del nivel óptimo de medidas de precaución.

Sobre estas bases, hay quien rechaza la responsabilidad proporcional por ineficiente. Produce infracompenesaciones (reparación parcial del daño efectivamente causado) que, se dice, inducirían a reducir las medidas adecuadas de precaución y, a la inversa, sobrecompensaciones (reparación parcial de daños que no fueron efectivamente causados) que incentivarían el desarrollo de demasiadas medidas de precaución<sup>44</sup>.

Sin embargo, se ha dicho también lo contrario: la responsabilidad proporcional sería más eficiente que el «todo no nada» basado en el estándar de la probabilidad preponderante porque animaría a los potenciales dañantes a adoptar las decisiones más equilibradas; les permitiría saber que, cuanto menores sean las posibilidades de que ocasionen perjuicios, menores serán las indemnizaciones que habrán de abonar<sup>45</sup>. Suele enfatizarse, en particular, la utilidad de la responsabilidad proporcional para evitar que un profesional (médico, jurídico, empresarial) adopte sistemáticamente la estrategia equivocada, cuando presenta dificultades la demostración del nexo causal entre esa negligencia profesional y los daños resultantes. Se dice entonces que la responsabilidad proporcional incentiva la adopción de las adecuadas precauciones a diferencia

<sup>43</sup> Comoquiera que la responsabilidad proporcional asigna cantidades que el «todo o nada» rechazaría, es habitual que se interprete que responde al fin de auxiliar o proteger a las víctimas (p. ej., Medina Alcoz (2007, pp. 79, 99) y Martín-Casals (2016, p. 63). Sin embargo, no puede perderse de vista que también recorta indemnizaciones que habrían de ser totales conforme al «todo o nada» sin que por ello pueda decirse que responda al fin de auxiliar o proteger a los agentes dañados.

<sup>44</sup> Kaye (1982, pp. 487-502).

<sup>45</sup> Makdisi (1989, pp. 1.073-1.074).

del «todo o nada» basado en la probabilidad preponderante, que no incitaría al profesional a modificar la estrategia equivocada, si la probabilidad causal es sistemáticamente inferior al 50%<sup>46</sup>.

Los analistas económicos del Derecho no ofrecen, pues, resultados concluyentes. En cualquier caso, sus valoraciones se apoyan en una de las múltiples concepciones de «beneficio social» o «interés general». El concepto de «beneficio social» o «interés general» en el sistema constitucional español es esencialmente formal o democrático en el sentido de que se corresponde con el criterio mayoritario expresado en las decisiones parlamentarias y gubernamentales. Su definición es una tarea esencialmente política: sin desbordar ciertos límites de libertad (Estado de Derecho), los parlamentos y gobiernos, en cuanto representantes políticos (Estado democrático), están constitucionalmente autorizados a proteger a la sociedad (Estado social) a través de regulaciones que implican la selección discrecional de objetivos, fines o intereses merecedores de protección y la predisposición de los medios que se entienden idóneos para realizarlos. Sobre esta idea volveré después.

#### 4. FUNDAMENTO

Hasta aquí hemos caracterizado la responsabilidad proporcional como una regla que: (a) quiebra el sistema binario (verdadero/falso y responsabilidad total/exoneración total) inherente a las reglas probatorias tanto ordinarias (estándar de la probabilidad preponderante y carga de la prueba) como excepcionales (estándares de probabilidad suave o exigente e inversión legal de la carga probatoria); (b) rompe la racionalidad epistemológica, a diferencia de las reglas probatorias ordinarias y al igual que las excepcionales; (c) asigna identidad de valor al interés de la víctima en no indemnizar y al del agente en no hacerlo, al igual que (e incluso más que) las reglas probatorias ordinarias y a diferencia de las excepcionales; y (d) produce niveles de riqueza global (eficiencia) superiores a los resultantes de las demás reglas, según unos, e inferiores, según otros.

Así caracterizada, estamos ya en condiciones de determinar si, y en qué medida, la regla de responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal está efectivamente establecida en nuestro ordenamiento jurídico.

##### 4.1. LA FICCIÓN COMO ESTRATEGIA DE JUSTIFICACIÓN. CRÍTICA

La cláusulas generales del Derecho de daños (arts. 1101 y 1902 del Código Civil, y 32.1 de la Ley 40/2015) no recogen la regla de responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal. La idea de una responsabilidad (parcial o proporcional) por una causalidad solo posible resulta radicalmente inconciliable con ellas. Estas exigen (a) que haya reparación total, si puede tenerse por cierto el nexo causal porque la hipótesis de que la víctima habría dejado de padecer el menoscabo supera un determinado nivel de probabilidad (estándar de la probabilidad preponderante);

<sup>46</sup> Levmore (1990, pp. 691-726). A este respecto, también: Posner (2007), Fischer (2001, pp. 631-638). En español, Luna Yerga (2004, p. 415) y Doménech Pascual, recensión a L. Medina Alcoz (2008, pp. 399-404).

(b) que haya exoneración total, si puede tenerse por cierta la ausencia del nexo causal porque la hipótesis de que la víctima habría sufrido el daño en todo caso supera ese nivel de probabilidad; y (b), en caso de duda, que se afirme o rechace la causalidad y la reparación total conforme a una determinada regla de cierre (el régimen de la carga de la prueba, que favorece al demandado o a quien estaba en peores condiciones para demostrar) (*vide supra* § 2.3).

La responsabilidad proporcional rompe el sistema binario (verdadero/falso, responsabilidad total/exoneración total) inherente a las cláusulas resarcitorias generales (*vide supra* § 3.1). Fundamenta indemnizaciones que estas rechazan y, a su vez, recorta indemnizaciones que habrían de ser plenas, según las indicadas cláusulas. Ante probabilidades causales inferiores al 50% y superiores al 10 o 25%, la responsabilidad proporcional compensa parcialmente a la víctima; las cláusulas resarcitorias generales rechazan la certeza del nexo causal y toda obligación de indemnizar. Ante probabilidades causales superiores al 50% e inferiores al 75 o 90%, la primera sigue indemnizando a la víctima en la medida de la probabilidad causal; las segundas conducen a declarar la certeza del nexo causal y la responsabilidad total.

Esta inequívoca incompatibilidad no ha impedido a los órganos judiciales ni a los autores, tanto en España como en los ordenamientos de nuestro entorno, aplicar o promover la responsabilidad proporcional. Ahora bien, la tendencia tradicional no ha consistido en justificar normativamente el «ni todo ni nada» como sistema de imputación causal alternativo a (y distinto de) el «todo o nada» resultante de las cláusulas generales de responsabilidad. Al contrario, lo habitual ha sido *disimular* su incompatibilidad. La literatura jurídica ha pergeñado crípticas denominaciones y artificiosas justificaciones para presentar la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal como regla compatible con (o, incluso, derivada de) las cláusulas generales de responsabilidad.

Se ha defendido que, si la probabilidad causal no es alta, sino simplemente seria, la víctima pierde una propiedad anterior (teoría ontológica del perjuicio patrimonial, desarrollada en Italia y en Estados Unidos) o sufre un daño moral (teoría ontológica del perjuicio personal, aplicada en Francia y, sobre todo, en España)<sup>47</sup>. El daño indemnizado sería, no el daño real o final de causalidad incierta, sino la posibilidad de evitarlo, configurado como un perjuicio *a se stante* de carácter económico o personal; un perjuicio cuya conexión causal y reparación total podrían, en consecuencia, afirmarse a partir de las cláusulas generales de responsabilidad. Se defiende así la existencia de *chances* u *oportunidades* como bienes de la realidad que valen necesariamente menos que el daño final; su pérdida se cuantifica moderando el valor del daño real y, más precisamente, multiplicándolo por el porcentaje de probabilidad causal. Tal es la doctrina de la pérdida de oportunidad y, más precisamente, la responsabilidad proporcional como doctrina *ontológica*, también denominada en el ámbito angloamericano *Chance-Has-a-Value Approach* o *Separate-Injury Approach*<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Han defendido la explicación ontológica de la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal, por ejemplo, en España, Serra Rodríguez (2001, pp. 236-237) y Luna Yerga (2005, pp. 6, 15); en Italia, entre muchos, Bocchio-la (1976, 84-101); en Francia, Chabas (1991, pp. 131 y ss.); en Suiza, Müller (2002, pp. 248-250, 379-380 y 388); en Reino Unido, Turton (2016, pp. 145-163); en Estados Unidos, King (1998, pp. 491-559).

<sup>48</sup> Se han ofrecido argumentos igualmente artificiosos para justificar la regla de responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal en casos de daño causado por miembro indeterminado de grupo. Por ejemplo, que el conjunto de posibles

Tanto la existencia como la cuantificación de la supuesta pérdida de oportunidad dependerían del daño real de causalidad dudosa; el bien en que, según se dice, consiste la *chance* aparecería solo si la probabilidad causal del daño real oscila entre un mínimo (probabilidad baja o muy baja) y un máximo (probabilidad alta o muy alta); y su valor habría de ser una fracción de ese daño. Por ejemplo, se habla de la *oportunidad de curación* como bien que sacrificaría el médico negligente por no diagnosticar a tiempo la patología; un bien en sí mismo, diferente de los beneficios fisiológicos que la curación habría reportado al paciente: si el daño fisiológico vale 100.000 euros y si la probabilidad de que el diagnóstico tempestivo lo hubiera evitado oscila entre el 40% y el 60%, la teoría ontológica adjudica al paciente 50.000 euros (50% del daño fisiológico cuantificado) que, se supone, compensan ese singular perjuicio. Del mismo modo, se habla de *oportunidad de victoria* en el proceso judicial como bien que mutilaría el abogado que olvida interponer el recurso; un bien en sí mismo, distinto del beneficio que la estimación del recurso habría reportado al cliente: si el beneficio inobtenido es de 100.000 euros y si la probabilidad de que el recurso hubiera prosperado, de haberse interpuesto oportunamente, oscilara entre el 40% y el 60%, la teoría ontológica adjudica al cliente 50.000 euros que, se dice, indemnizan también la oportunidad perdida.

El único sentido de este expediente es aplicar la regla de responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal sin cuestionar las cláusulas generales de responsabilidad. Pretende sortear la dificultad que plantea la teoría general de la causalidad edificada a partir de aquellas cláusulas para justificar la responsabilidad proporcional acudiendo a la teoría del daño e inventado dentro de ella un bien cuya pérdida produciría un daño emergente de carácter patrimonial o moral. Por eso hace depender la existencia y el valor de ese supuesto daño emergente de las posibilidades cognitivas del juez, esto es, de las informaciones de que dispone para formarse un juicio en torno a las circunstancias fácticas del caso. Si tales informaciones arrojan una probabilidad causal seria y no desdeñable, se afirma que la víctima ha perdido un bien, pero si, en el mismo caso, nuevos datos determinasen que tal probabilidad fuera, en realidad, muy alta o muy baja, ese bien desaparecería «misteriosamente» para afirmarse o negarse la existencia del nexo causal (y, por tanto, conceder o denegar la reparación total). En los ejemplos propuestos, si es muy alta la probabilidad de que el paciente y el cliente hubieran sanado o ganado el recurso, deja de aparecer ese singular bien para afirmarse la concurrencia del nexo causal y la responsabilidad plena, cifrada en el valor total del perjuicio fisiológico o de la pretensión procesal frustrada; si tal probabilidad es muy baja, tampoco aparece ese bien, pues se descarta la concurrencia del nexo causal y de toda responsabilidad.

El expediente no puede aceptarse técnicamente, pero, de hecho, a través de él la responsabilidad parcial por causalidades solo posibles constituye una realidad en España y en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno. El conflicto entre las cláusulas generales de responsabilidad (que imponen el todo o nada) y la sensibilidad judicial (a la que repugna esta solución radical en supuestos de incertidumbre causal) se ha resuelto a favor de esta última a través de la teoría ontológica. Es una «mentira técnica» que ha funcionado como «muleta» para avanzar cuando todavía faltaban «fuerzas suficientes» para replantear la teoría de la causalidad. Son ajustes *ad hoc* que han permitido asimilar

---

autores constituye una especie de personificación o «sociedad de hecho» a la que puede imputársele el daño, distribuyéndose después la deuda indemnizatoria entre todos los «socios». Al respecto, Viney y Jourdain (1998, p. 211).

la «anomalía» («ni todo ni nada» en supuestos de incertidumbre causal) sin cuestionar el paradigma o la Ciencia normal («todo o nada» a partir del umbral de probabilidad y del régimen legal de la carga de la prueba). Constituye una *ficción* en sentido estricto. Innova, sin que lo parezca, adoptando como verdadero algo que es enteramente falso: que, cuando hay dudas en torno al nexo causal, pero el juicio probatorio arroja una probabilidad no desdeñable, la víctima sufre la pérdida de un bien distinto, esto es, la pérdida (con conexión causal segura) de la posibilidad de evitar el daño final (de causalidad incierta); una pérdida que habría de indemnizarse en función del valor del daño final. El problema es que este modo de proceder, al ocultar el problema de fondo, ha impedido la discusión abierta en torno al verdadero alcance de la responsabilidad (parcial) ante la incertidumbre causal<sup>49</sup>.

Conviene realizar la siguiente precisión. Un abogado, *siempre* que olvida recurrir la sentencia desfavorable para los intereses de su cliente, causa un perjuicio de carácter moral o extrapatrimonial, por frustración de aspiraciones de defensa. La cuestión de si este perjuicio cobra o no relevancia jurídica pertenece a la teoría del daño; nada que ver tiene con el problema, perteneciente a la teoría de la causalidad, sobre cómo establecer si hay conexión etiológica entre la falta de satisfacción de la pretensión procesal y la negligencia profesional. No se relaciona, por tanto, con la responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal. El daño moral derivado de la frustración de las aspiraciones de defensa constituiría una lesión de un bien de la personalidad que, si pudiera considerarse jurídicamente relevante, podría indemnizarse con independencia de la mayor o menor probabilidad de victoria en el proceso que no fue. Por eso, a la eventual compensación de este daño moral, podría acumularse la indemnización de los daños derivados de la falta de satisfacción de la pretensión; indemnización que habrá de ser total, si la probabilidad causal (*id est*: el grado de prosperabilidad del recurso) alcanza un umbral máximo (doctrina causal clásica: «todo o nada»); o parcial, si supera solo el umbral mínimo (doctrina de la responsabilidad proporcional: «ni todo ni nada»).

Lo mismo cabe afirmar en los casos de ausencia de consentimiento informado: la falta de información sobre los riesgos aparejados a una intervención o tratamiento genera un daño moral, sustanciado en la lesión del derecho del paciente a autodeterminarse. La cuestión de si este perjuicio es jurídicamente relevante pertenece a la teoría del daño y nada que ver tiene con el problema de la incertidumbre causal. Tan es así que podría defenderse su reparación en todos los casos, también cuando no llegó a actualizarse el riesgo in consentido. En cambio, la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre casual entra en juego solo si el paciente ha sufrido daños como consecuencia de la realización de ese riesgo; y lo hace solo para resolver sobre la reparación de esos daños de etiología incierta: si es posible que la víctima, de haber conocido el riesgo al que se exponía, hubiera rechazado el tratamiento, procederá reparar –total o parcialmente, según el nivel de probabilidad– las lesiones físicas producidas como consecuencia de la actualización del peligro.

<sup>49</sup> La definición de la ficción como «mentira técnica» o muleta corresponde, como es sabido, a Von Ihering (2005, p. 311). El ajuste *ad hoc* como respuesta conservadora que anticipa posiblemente una revolución científica es de Samuel Kuhn (1975).

En suma, la cuestión de si hay un atentado al derecho de defensa del particular o a su capacidad de autodeterminación en los casos examinados no debiera confundirse con el problema de la incertidumbre causal ni con la respuesta que suministra la regla de responsabilidad proporcional. Señalarlo es relevante a la vista de que la confusión se produce a veces en la jurisprudencia española. Así, cuando repara materialmente parte del daño cuya conexión causal es incierta (los beneficios que se habrían obtenido con la victoria en el proceso o el menoscabo que se habría evitado con el rechazo de la intervención médica), pero afirma que el objeto indemnizado es un daño moral emergente derivado de la lesión del derecho de defensa o de autodeterminación médica. Por ejemplo, entre muchas otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 1996 (rec. núm 3091/1992), en relación con la responsabilidad civil de un procurador; y, Sala 3.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2000 (rec. núm 8065/1995), en un caso de falta de consentimiento informado.

## 4.2. JUSTIFICACIÓN DENTRO DE LA TEORÍA GENERAL DE LA CAUSALIDAD

A la vista del razonamiento expuesto, si se prescinde de la selva de denominaciones (pérdida de oportunidad, responsabilidad por causa anónima, responsabilidad por cuota de mercado) y justificaciones *ad hoc*, se descubre en el Derecho de daños el siguiente abanico de reglas para afrontar el problema de la incertidumbre causal. Hay, por un lado, reglas que responden a la identidad de valor de la víctima y el agente, esto es, a la igual protección del interés de una en que le indemnicen y el del otro en no indemnizar: (a) el «todo o nada» basado en el estándar general de la probabilidad preponderante y la regla general de cierre favorable a quien está en peores condiciones para demostrar; y (b) el «ni todo ni nada» basado en la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal. Hay, de otro, las reglas que responden a la superioridad de valor políticamente asignada al interés de una de las partes, que son, esencialmente: (a) la inversión legal de la carga de la prueba como regla de cierre favorable a la víctima o al agente dañoso; (b) el estándar exigente de probabilidad, conforme al que puede rechazarse la certeza de una hipótesis causal que cuenta con más probabilidades positivas que negativas; y (c) el estándar suave de probabilidad, conforme al que puede afirmarse la certeza de una hipótesis causal que cuenta con más probabilidades negativas que positivas.

Ya hemos justificado que el Derecho español de daños ha establecido como régimen general el «todo o nada» basado en el estándar general de la probabilidad preponderante y la regla de cierre favorable a quien está en peores condiciones para demostrar (*supra* § 2.3). También hemos acotado el espacio de las reglas que responden a la superioridad de valor políticamente asignada a los intereses de una parte; el que establezca expresa o inequívocamente el legislador (*supra* § 2.4). Su aplicación presupone una previsión legal específica insusceptible de aplicación analógica o interpretación extensiva. Hemos razonado asimismo que la llamada doctrina de la pérdida de oportunidad no es más que una forma alambicada de denominar al «ni todo ni nada» basado en la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal (*supra* § 4.1). Queda por determinar si esta regla está verdaderamente establecida en nuestro de Derecho de daños y, si así fuera, delimitar su ámbito de aplicación.

Excluidas las justificaciones artificiosas, situados en el terreno de la teoría general de la causalidad, hay autores que dan razones para entender que, en realidad, el ordenamiento jurídico establece de modo exclusivo y excluyente el «todo o nada», sin dejar espacio, en consecuencia, a la regla de responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal<sup>50</sup>. Tales razones serían, esencialmente: (a) la falta de «verdad» en las conclusiones indemnizatorias de la responsabilidad proporcional o, más precisamente, el alejamiento de la racionalidad epistemológica que supone que el agente pague parte de un daño que pudo no haber causado y que la víctima deje de obtener la indemnización de parte de un daño que pueden haberle causado; y (b) la literalidad de las cláusulas generales de responsabilidad civil, que sigue imponiendo la causalidad cumplidamente acreditada como presupuesto del crédito resarcitorio.

A continuación trataré de determinar si la regla de la responsabilidad proporcional cuenta con fundamento normativo y si las objeciones indicadas deben aceptarse o refutarse (§§ 4.2.2 y 4.2.3). Antes pondré de relieve un dato significativo: la literatura jurídica y la jurisprudencia cada vez con más frecuencia presentan la responsabilidad proporcional como un aspecto de la teoría de la causalidad y, más precisamente, como una regla de imputación casual alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales (§ 4.2.1).

#### 4.2.1. La responsabilidad proporcional como problema de causalidad

El enfoque de la responsabilidad proporcional (llamada confusamente «pérdida de oportunidad») como problema de causalidad ha sido históricamente excepcional entre los académicos<sup>51</sup>. En la actualidad, además de corriente en muchas jurisdicciones<sup>52</sup>, es mayoritario en España<sup>53</sup>. Es muy significativo que haya sido recibida por el Tribunal Supremo en asuntos tanto civiles como contencioso-administrativos.

<sup>50</sup> Este planteamiento, desde siempre minoritario, cuenta con cada vez menos autores que lo defiendan. Por ejemplo, en Francia, Savatier (1976, p. 502); en Estados Unidos, Bullington (1997, pp. 33-34); en Italia, Busnelli (1997, pp. 269-272), (2000, pp. 335-354) y Rossetti (2000, pp. 662-678); en España, Soler Presas (1998, pp. 73-77); en Canadá, Khoury (2006, pp. 133-135).

<sup>51</sup> Lo han defendido, en Francia, Boré (1974); en Italia, Paces (1994, pp. 447-460) y (2000, pp. 658-665); en Estados Unidos, Makdisi (1989, pp. 1.063-1.101); también los analistas económicos del Derecho, que abordan igualmente la responsabilidad proporcional como una regla de imputación casual alternativa a la aplicación del umbral de la probabilidad preponderante: Kaye (1982, pp. 487-502) y Levmore (1990, pp. 691-726). En España, Medina Alcoz (2007, pp. 413-444).

<sup>52</sup> En Chile, Ríos Erazo y Silva Goñi (2014) y (2015, pp. 165-178); en Colombia, Arenas Mendoza (2014, pp. 345-350) y Herrera Montañez (2016); en Perú, Samyra (2017).

<sup>53</sup> Puede leerse, con diferencias que no vienen al caso, además de en el precitado trabajo de Medina Alcoz, en Asúa González (2008, pp. 77-90); Peña López (2011); García Amado (2012, pp. 125-132); Gascón Abellán con Medina Alcoz (2007, pp. 191-226); Gallardo Castillo (2015, pp. 35-66). No lo descarta Cobrerros Mendazona (2013, pp. 73-210). Martín-Casals (2016, p. 58) admite que la doctrina de la pérdida de oportunidad resuelve un problema de incertidumbre causal. No obstante, acaba inclinándose por la «reformulación» de la *chance* como modalidad dañosa para «ajustar» la reparación a los «instrumentos tradicionales».

La Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha declarado que la teoría de la pérdida de oportunidad es, en realidad, un «régimen especial de imputación probabilística» que opera en supuestos de incertidumbre causal, sin acudir a la ficción de que el objeto resarcido es el sacrificio de una *chance* o posibilidad. Lo ha hecho en su Sentencia de 16 de enero de 2012 (rec. núm 2243/2008, NCJ056519) en relación con un supuesto de falta de consentimiento informado: «existe una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, con base en lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas se han producido»<sup>54</sup>. En igual sentido, en un supuesto de retraso culpable de diagnóstico, la Sentencia 255/2016, de 13 septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona: «La incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido detectada meses antes la patología que sufría la Sra. Leticia permite, pues, acudir al régimen especial de imputación probabilística consistente en la llamada "pérdida de oportunidad"».

En el orden contencioso-administrativo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, de 20 de marzo de 2018 (rec. núm 2820/2016), con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, que acabamos de reseñar, se refiere a la doctrina de la llamada pérdida de oportunidad como una «regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad», esto es, un «régimen especial de imputación probabilística» que se aplica cuando «es dudosa la existencia del nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma». Conduce a descontar una parte del valor total de los daños padecidos en función de la probabilidad causal: «Según el grado de probabilidad que se estime concurrente en cada caso resultará procedente una cuantía u otra, más cercana evidentemente en determinados supuestos a la de la completa indemnidad, si se considera que son muchas las posibilidades de curación», y «más lejana, si consideran en cambio más remotas tales posibilidades». De este modo, se distancia de la tendencia a hablar de la posibilidad de curación como un daño en sí a cuya reparación puede quedar obligada la Administración sanitaria (entre muchas, STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2016).

#### 4.2.2. La responsabilidad proporcional como regla tipificable y tipificada

La aceptación judicial pudiera ser síntoma de que el ordenamiento jurídico español ordena efectivamente aplicar la responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal. No obstante, por sí sola es insuficiente para tenerla por normativamente justificada. Pudiera ocurrir que los jueces estén desviándose de la voluntad legislativa o del sistema jurídico, esto es, que

<sup>54</sup> En el mismo sentido, también en supuestos de ausencia de consentimiento informado: Sentencias núms. 574/2015, de 29 diciembre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza; 347/2013, de 27 noviembre, de la Audiencia Provincial de León; y 165/2015, de 16 abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

la aplicación del régimen de equidistribución del coste económico de la incertidumbre causal carezca de cobertura. Debemos, pues, resolver si está normativamente justificado en el Derecho español el manejo de la regla de responsabilidad proporcional.

Conviene empezar por señalar algo que, no por obvio, deja de resultar importante: sin lugar a dudas, el sistema constitucional autoriza al Estado a establecer la regla de responsabilidad proporcional como técnica de equidistribución del coste de la incertidumbre causal entre las partes implicadas. La responsabilidad proporcional es una regla jurídica perfectamente *tipificable*. No hay límite constitucional alguno que impida al legislador ordinario del Derecho de daños ordenar la supresión pura y simple del estándar general de la probabilidad preponderante para establecer una indemnización parcial ante causalidades dudosas, situadas en algún lugar entre la probabilidad baja o muy baja y la probabilidad alta o muy alta.

Ciertamente, los resultados de la regla de responsabilidad proporcional son peores en términos epistemológicos que los derivados de aplicar el umbral de la probabilidad preponderante, según hemos razonado ya (*supra* § 3.2). Ahora bien, no por ello una regla de este tipo es inválida o inconstitucional. Ya hemos visto la naturalidad con la que, en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), el legislador adopta reglas especiales que persiguen un determinado valor o interés a costa de la calidad «epistemológica» de los resultados probatorios (*vide supra* § 2.4). Por ejemplo, la ley puede imponer la inversión del régimen ordinario de la carga de la prueba (p. ej., las mencionada regla de cierre *pro operario* prevista en el art. 3.2 del Estatuto de los Trabajadores) o cambiar (al alza o a la baja) el estándar general de la probabilidad preponderante (p. ej., en relación con la causalidad en la responsabilidad medioambiental, la precitada Ley 26/2007, a la que volveré a referirme *infra* § 5.1).

En segundo lugar, la regla de responsabilidad proporcional, además de *tipificable*, está positivamente *tipificada*. Lo ha hecho, por ejemplo, la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Establece que no se requerirá al licitador que reclama daños y perjuicios que «pruebe que en ausencia de esta violación [de las normas de formalización de contratos] se le habría adjudicado el contrato» (considerando). Queda, pues, liberado de la prueba del nexo de causalidad a partir de un determinado umbral de certidumbre. Según dispone, «únicamente se le exigirá» que «hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato» (art. 2.7), es decir, que la probabilidad causal supera un mínimo de seriedad (probabilidad baja o muy baja), sin que tenga que llegar al máximo de certeza (probabilidad alta o muy alta). El legislador español ha tipificado la responsabilidad parcial ante la incertidumbre casual al trasponer la directiva<sup>55</sup> y en otros supuestos<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> El criterio favorable a una indemnización parcial ante la prueba de alguna «posibilidad real» de victoria de la licitación podía leerse en la normativa nacional de contratación pública: artículo 63 de la Ley 48/1998, luego llevado, en lo que aquí importa, al artículo 112 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores excluidos; y artículo 213 de Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos. Reformas posteriores han suprimido la referencia a las «posibilidades reales», sin perjuicio de que pueda interpretarse que la responsabilidad proporcional sigue establecida.

<sup>56</sup> Me refiero a las previsiones ya citadas (*supra* § 1.1) de responsabilidad por causa «anónima» o «sospechada» caracterizados por la existencia de una pluralidad de potenciales dañantes, la incertidumbre en torno a cuál de ellos generó

La mera existencia de estas previsiones permite rechazar sin más los argumentos de quienes afirman el «todo o nada» como regla exclusiva y excluyente, que no deja espacio al «ni todo ni nada» basado en la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal. Oponerse a la responsabilidad proporcional es, simplemente, dar la espalda a las previsiones que la imponen efectivamente y rechazar la autoridad del legislador para establecerla, como si la Constitución obligase a regular siempre y en todo caso la incertidumbre a partir de la racionalidad del conocimiento empírico. A su vez, el tenor de las previsiones da todavía más razones para excluir el argumento ontológico como justificación normativa de la responsabilidad proporcional. Estas leyes no han establecido que procede indemnizar a la víctima que solo acredita una causalidad simplemente posible porque sufre un daño moral o porque pierde una cosa integrada previamente en su patrimonio jurídico. Tales normas quieren, sencillamente, que en los supuestos de hecho tomados en consideración surja la responsabilidad, aunque no pueda reputarse alta o suficiente la probabilidad de que, sin la acción ilícita (o con la conducta omitida), el daño dejara de producirse. Esas previsiones legales establecen, pura y simplemente, un sistema alternativo de imputación causal que deja de basarse en la idea de que la causalidad es o no es (todo o nada), según se supere o no un umbral de certeza.

Consecuentemente, el fundamento de la responsabilidad proporcional es, simplemente, su válida tipificación legal como solución a la incertidumbre causal. El problema se traslada entonces a la determinación de si, en ausencia de una previsión legal expresa o inequívoca, está el juez autorizado a emplear la regla de responsabilidad proporcional o imputación probabilística. La cuestión crucial es, pues, valorar hasta qué punto cabe aplicar la regla cuando no está legalmente prevista o lo está para casos distintos del concretamente enjuiciado. La cuestión remite a la posture al problema de los límites de la discrecionalidad judicial.

### 4.2.3. La responsabilidad proporcional como regla judicial basada en la igualdad

El juez no es un ejecutor mecánico de la ley ni siquiera un mero intérprete, crea efectivamente Derecho, pero es cierto que, dentro de nuestro sistema constitucional, la jurisdicción cumple esencialmente la función de resolver conflictos mediante la aplicación de normas preestablecidas (art. 117, apartados 1 y 4, CE); por eso el sistema constitucional no le proporciona los medios (p. ej., amplio acceso a informaciones y análisis de impacto), la perspectiva (p. ej., una visión global de programas y planes así como de los recursos disponibles para afrontarlos) y la legitimidad (democrática) que permiten elegir fines o intereses merecedores de protección y promover activamente políticas públicas en consonancia; medios, perspectiva y legitimidad que sí adjudica a parlamentos y Administraciones.

De ahí que el legislador no atribuya al juzgador los amplísimos espacios de discrecionalidad que encomienda habitualmente a la Administración. Por la misma razón, los márgenes de discrecio-

---

el perjuicio y la certidumbre de que solo uno de ellos ha podido provocarlo. Por lo demás, la responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal luce en variados documentos *soft law*, que se refieren a la doctrina de la pérdida de oportunidad: artículos 7.4.3 de los Principios UNIDROIT; 163 de la Parte General del Código Europeo de Contratos; y 3:106 de los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil.

nalidad judicial efectivamente abiertos a través de las lagunas legales y la ambigüedad de los textos deben ejercerse del modo más apegado posible a las opciones normativas (políticas) que han establecido quienes sí disponen de aquellos medios, perspectivas y legitimidad<sup>57</sup>. La cuestión es compleja y extremadamente controvertida, pero puede sostenerse que en contextos de incertidumbre normativa, el juez debe resolver conforme a criterios de igualdad formal, esto es, partiendo de la identidad de valor de los intereses de las dos partes (justicia conmutativa) sin elegir por sí los fines o intereses que merecen especial protección (criterios de mérito o de justicia distributiva). El razonamiento judicial no otra cosa viene haciendo desde hace siglos cuando afronta lagunas e indeterminaciones legislativas a través de mecanismos tales como el precedente judicial, la interpretación extensiva o la analogía<sup>58</sup>: son formas de innovar el ordenamiento jurídico sin alterar su estructura<sup>59</sup>. Ello implica, entre otras cosas, que no puede aceptarse en España la corriente de la *Law & Economics* que aprovecha las cláusulas generales, las lagunas y la indeterminación de las normas para atribuir al juez la competencia para buscar las soluciones que incrementan el bienestar social a partir de la definición de interés general que proponen, no los parlamentos o las Administraciones, sino renombrados académicos (p. ej., la eficiencia «neoliberal» de Richard Posner o la «progresista» de Susan Rose-Ackerman), y aunque ello suponga quebrar la identidad de valor de los contendientes y de sus intereses.

La proyección de esta concepción de la discrecionalidad judicial sobre el problema examinado arroja, para empezar, la conclusión de que las valoraciones –ya referidas *supra* § 3.4– sobre si, y hasta qué punto, la responsabilidad proporcional o causalidad probabilística es buena para el conjunto social (en particular, si produce la mayor suma posible de riqueza individual agregada), valen en nuestro sistema constitucional como propuestas dirigidas a los legisladores, más que a los órganos del poder judicial. La justificación de la responsabilidad proporcional en el Derecho vigente hoy en España no puede realizarse a partir de esas valoraciones<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Luciano Parejo Alfonso expresa algo parecido del modo siguiente: la selección del interés general y la fijación de los términos de su satisfacción son las tareas constitucionales ineludibles del legislador; el poder judicial está evidentemente comprometido con ellas, pero no le corresponde papel alguno en la acción positiva que exige dicha satisfacción: «Interés público como criterio de control de la actividad administrativa», en Bandrés Sánchez-Cruzat (Dir.) (2003), pp. 141-142).

<sup>58</sup> *Cfr.* Gordley (1991) y Weinrib (1995).

<sup>59</sup> Así, Atienza Rodríguez (1986, p. 186), refiriéndose a la analogía como regla formal de justicia basada en la igualdad.

<sup>60</sup> Discrepo, por tanto, de los trabajos de Medina Alcoz (2007, pp. 48 y 49) y Doménech Pascual (2008, pp. 399-404). Ambos consideran que la lógica utilitarista de la eficiencia puede arrojar luz a la hora de justificar *de lege lata* la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal, por más que el primero afirme que «los argumentos provenientes de la *Law and Economics* se manejan con cautela, sin que en ningún caso descansen exclusivamente en ellos las conclusiones en torno a la corrección técnica de las teorías examinadas». Naturalmente, no quiero sostener con ello que este tipo de análisis carece de interés. La reflexión norteamericana sobre la causalidad es ciertamente importante. Ha sabido aislar la tendencia del Derecho contemporáneo a regular el conocimiento individual de los hechos (singularmente el hecho causal) como una cuestión no solo ni necesariamente epistemológica, que está penetrada por consideraciones político-legislativas sobre qué fines o intereses merecen especial protección. Ahora bien, la diferencia esencial entre estos planteamientos y el aquí defendido es que, si los primeros asignan frecuentemente la selección y promoción de esos fines e intereses a los académicos y a los jueces, el que desarrollo parte de que el sistema consti-

En segundo lugar, cobra particular relieve que la responsabilidad proporcional desarrolle el valor de la igualdad más incluso que el estándar general de la probabilidad preponderante, según hemos ya razonado (*supra* § 3.3). A diferencia de la inversión legal de la carga probatoria y de los estándares probabilísticos especiales (exigente y suave), la regla examinada no responde a un criterio político de sobreprotección del interés de una parte a costa del interés de la otra; es igualdad formal en estado puro. Equidistribuye el coste de las dudas entre las partes implicadas, evitando tanto que la víctima quede sin reparación por un daño que le han podido causar como que el agente abone la totalidad de un daño que pudo no haber generado. Bajo esta perspectiva, las diferencias entre el «todo o nada» (resultante de las cláusulas generales de responsabilidad) y el «ni todo ni nada» (de las tipificaciones legales de reglas de responsabilidad proporcional) son más accidentales o formales que sustanciales o materiales. Uno y otro cumplen una misma función, aunque lo hagan de diferente forma: resolver conforme a la identidad de valor de los intereses de la víctima en ser indemnizada y del agente en no indemnizar. Por eso la regla de responsabilidad proporcional, aunque impone una solución que no está (ni puede derivarse de) las cláusulas generales de responsabilidad (*vide supra* § 4.1), tiene su misma razón de ser.

Así caracterizada, la regla de la responsabilidad proporcional, aunque esté tipificada solo en algunos sectores, admite aplicaciones extensivas o analógicas: el juez de este modo crea Derecho nuevo, pero no está promoviendo activamente políticas públicas ni, por tanto, poniendo en riesgo la voluntad constitucional de que sean los parlamentos y las Administraciones quienes desarrollen esas políticas públicas. De hecho, la causalidad probabilística se ha gestado como casi todo el Derecho de daños: a través de sentencias que, ante la escasez de Derecho legislado, tratan de buscar soluciones a partir de criterios justos para las dos partes. En cierto modo, las razones de igualdad que han justificado la creación judicial de una regla de responsabilidad parcial ante la concurrencia de causas (que cada uno de los causantes pague parte del daño, lo que se consigue fijando obligaciones mancomunadas o imponiendo el reparto dentro de la relación interna de los deudores solidarios), justifican también la creación judicial de una regla de responsabilidad parcial ante la incertidumbre causal (que la víctima y el agente dañoso afronten el daño en función del nivel de probabilidad causal).

Así pues, el fundamento de la responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal son las previsiones legales que la han tipificado, así como la competencia tradicionalmente asignada a los órganos judiciales para crear Derecho atendiendo a la identidad de valor de las partes enfrentadas mediante técnicas tales como la interpretación extensiva, la analogía y el precedente judicial.

La Ciencia del Derecho de daños debe asumir lo que está ya naturalmente asumido en otros sectores del ordenamiento jurídico (p. ej., en el Derecho administrativo relativo a la gestión de riesgos ambientales o farmacológicos): que la valoración probatoria de un hecho es un juicio estrictamente normativo que maneja reglas importadas de la teoría del conocimiento empírico (p. ej., los criterios de la lógica inductiva o «sana crítica»), reglas inspiradas en la identidad de valor

---

tucional español encomienda esa tarea al legislador, sujetándolo a determinados límites. *Cfr.* Shavell (1987, p. 118); Schuck (2005, pp. 171-190) y Priest (2005, pp. 263-299).

de las partes (p. ej., el umbral de la probabilidad preponderante, la carga de la prueba favorable a quien está en peores condiciones para demostrar y la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre casual) o reglas orientadas a sobreproteger a una de las partes conforme a un fin políticamente seleccionado (p. ej., la tutela del medio ambiente a través de la probabilidad baja o muy baja como umbral para afirmar la certidumbre de la conexión casual del daño ecológico, según la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, a la que me refiero *infra* § 5.1).

Cuando la concepción tradicional de la causalidad (como juicio aséptico que realiza prácticamente en exclusiva el científico natural) esté definitivamente superada (*vide supra* § 2.1), la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal dejará de ser una doctrina «revolucionaria» que, en cuanto tal, haya de ser rechazada o enmascarada mediante artificios. Será un ejemplo más de regulación jurídica de la incertidumbre y no precisamente de los más novedosos; responde a la vocación de igualdad del Derecho clásico de la responsabilidad civil y produce conclusiones probatorias que, basadas en la estimación probabilística de la lógica-inductiva, siguen dotadas de un riguroso fundamento empírico (*vide supra* § 3.2).

No pocas veces los autores alientan la creación judicial de reglas probatorias especiales como alternativa a la responsabilidad proporcional, por entender que ello puede justificarse más fácilmente. Se ha defendido así, por ejemplo, la relajación del estándar ordinario de certidumbre en determinados grupos de casos (p. ej., de responsabilidad médica)<sup>61</sup> o la aplicación de una regla de cierre que ante la duda inclina siempre la balanza del lado del perjudicado (el llamado principio *pro damnato*)<sup>62</sup>. Se promueve así que el juez afronte la incertidumbre causal modulando la altura del umbral de probabilidad o invirtiendo la carga de la prueba, como si ello fueran solo ajustes leves, que no afectan a la estructura del Derecho de daños. Viene a entenderse entonces que el juzgador, en lugar de aplicar las reglas probatorias radicadas en la identidad de valor de las partes (en resumen, «todo o nada» basado en el umbral de la probabilidad preponderante o «ni todo ni nada» basado en la regla de la responsabilidad proporcional), está autorizado por sí, sin cobertura legal específica, a optar por sobreproteger a una de ellas.

Reglas finalistas como estas no forman parte de los sistemas generales de responsabilidad resarcitoria de los Derechos público y privado en España. Para que el juez pudiera aplicarlas, me parece que debería establecerlas la ley (*vide supra* § 2.4), sin entrar a valorar por qué razones el Estado habría de querer ajustar el sistema de la responsabilidad civil a la justicia distributiva para privilegiar siempre a una parte (víctima) frente a otra (agente). En ausencia de previsiones legales que digan otra cosa, los intereses de ambas partes tienen el mismo valor (arts. 10.1, 14 y 24.2 CE). Por eso el juzgador que aplica por sí ajustes como los indicados (relajación del umbral ordinario de prueba o aplicación de una regla de cierre *pro damnato*) afecta a la médula del siste-

<sup>61</sup> Por ejemplo, Viney y Jourdain (1998, pp. 200-203).

<sup>62</sup> Se han referido al *pro damnato* como principio tendencial del sistema de responsabilidad civil Cavanillas Múgica y Fernández Tapia (1992, pp. 142-143). Medina Alcoz (2007, pp. 310-314) lo ha considerado establecido como regla de cierre que ante la duda impone sistemáticamente la solución favorable a la víctima. Martín-Casals (2016, p. 58) considera también que el Derecho español de daños responde al *pro damnato*.

ma constitucional. En cambio, aplicar una regla de la responsabilidad proporcional a un caso no regulado supone crear Derecho nuevo, pero sin remover la estructura del viejo<sup>63</sup>.

En conclusión, ante la incertidumbre causal, en ausencia de regulación expresa, no está normativamente justificada la inversión de la carga de la prueba ni la modificación al alza o a la baja del estándar de la probabilidad preponderante, pero sí la aplicación de la regla de responsabilidad proporcional.

## 5. ÁMBITO DE APLICACIÓN

### 5.1. DELIMITACIÓN NEGATIVA

La regla de responsabilidad proporcional no se aplica cuando la probabilidad es nula, escasa o insignificante, pues puede descartarse con práctica seguridad que haya nexos causales, sin que, por tanto, la víctima tenga derecho a indemnización. Tampoco cuando esa probabilidad es alta o muy alta, pues puede tenerse por cierto el lazo causal, reconociéndose al dañado el derecho a la reparación total.

Aún en supuestos de incertidumbre causal en sentido propio, la regla de responsabilidad proporcional sigue sin aplicarse cuando la ley ha previsto reglas probatorias especiales. Cabe hacer referencia a este respecto a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, conforme a la que los operadores deben reparar los daños medioambientales que causen (art. 14). Esta responsabilidad topa a menudo con la incertidumbre causal como consecuencia del parcial desconocimiento de los efectos medioambientales de la actividad humana y de la dificultad de determinar si una concreta industria ha contribuido específicamente a generar o empeorar los perjuicios ecológicos acaecidos<sup>64</sup>. Sin embargo, la Ley no establece una regla de responsabilidad proporcional porque su objetivo no es atender a los intereses de las dos partes resolviendo las dudas sin sacrificar su identidad de valor. No equidistribuye las consecuencias (económicas) de la incertidumbre mediante la multiplicación del porcentaje de probabilidad causal por el valor total del daño para obtener la medida de perjuicio que corresponde soportar al operador. La Ley opta por romper el equilibrio en beneficio del interés social en la restauración ambiental y a costa del interés empresarial en evitar esa reparación. Dispone, en particular, que los operadores han de reparar

<sup>63</sup> Naturalmente, la crítica no va dirigida a la utilización judicial de las denominadas presunciones *hominis* o simples, que no son sino conclusiones probatorias inferidas a través de indicios; se trata de conectar un hecho desconocido con los conocidos (los hechos base o indicios) a través de reglas o máximas de experiencia que reflejan realidades empíricamente observadas. En el ámbito de la responsabilidad civil, sobre todo en el sector médico-sanitario, vienen aislándose tipos o modalidades de indicios y máximas de la experiencia que permiten tener por cierto el hecho causal. Se identifica así una serie de presunciones *hominis* con una variedad de denominaciones: prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis der Kausalität* (Alemania), regla de que *res ipsa loquitur* o «las cosas hablan por sí mismas» (*Common Law*) o teoría de la causalidad virtual o *causalité virtuelle* (Francia). Sobre cada una de estas técnicas, Luna Yerga (2016, pp. 431-451).

<sup>64</sup> *Cfr.* Ruda González (2008).

aquellos daños, salvo que demuestren que son imputables a la propia autoridad pública (porque ella ordenó la ejecución de la actividad posiblemente lesiva) o a cualquier otro tercero (art. 14.2). Se está ante la formulación de una presunción *iuris tantum* que encierra claramente, en realidad, un *estándar probabilístico suave*, según se ha razonado con anterioridad. La regla no se limita a redirigir el sentido de la regla de cierre en caso de duda (carga de la prueba), manteniendo incólume el estándar general de la probabilidad preponderante. Establece que bastan pocos datos para confirmar la causa como hipótesis suficientemente probable.

Consecuentemente, si el legislador ha pretendido sobreproteger el interés de una parte en detrimento del interés de la otra a través de una regla probatoria especial, el órgano judicial no puede ignorar esta determinación legal para atribuir por sí identidad de valor a esos intereses a fin de aplicar la regla de la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal. Ya hemos razonado que el poder judicial ni puede rechazar la distribución de recursos que articulan estas previsiones legales ni establecer por sí cualesquiera otras sin cobertura legislativa expresa o inequívoca. El terreno de la discrecionalidad judicial es el terreno de la configuración de soluciones jurídicas a partir de la identidad de valor de las partes implicadas.

## 5.2. DELIMITACIÓN POSITIVA

La responsabilidad proporcional, en tanto fundada en la igualdad (*vide supra* §§ 3.3 y 4.2.3), es virtualmente utilizable para afrontar el problema de la incertidumbre causal en sentido propio en todo el ámbito de la responsabilidad civil, salvo en los casos gobernados por reglas probatorias especiales destinadas a sobreproteger unos intereses en detrimento de otros. La indicada regla suele emplearse en supuestos de responsabilidad de profesionales legales y sanitarios (p. ej., en España, Francia y Estados Unidos) así como en el contexto de los procedimientos administrativos competitivos (p. ej., en Italia), pero puede virtualmente aplicarse en cualquier otro supuesto de incertidumbre causal. Se ha dicho en este sentido que la responsabilidad proporcional es *ubiquitaria*<sup>65</sup>; también que faltan *general policy considerations* para determinar cuándo procede y cuándo no la indemnización parcial del daño cuya conexión causal con el hecho ilícito es solo posible<sup>66</sup>.

Quizá por ello es habitual que los autores se esfuercen en pergeñar criterios que, a modo de parapeto, pretenden contener las potencialidades aplicativas, juzgadas como desmesuradas, de la regla de responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal. Son los *garde-fous* (pretiles) a que hace referencia Geneviève Viney<sup>67</sup>; los *floodgates* (esclusas) que menciona Michelle L. Trucktor<sup>68</sup>;

<sup>65</sup> Torresi (1999, pp. 2073-2074).

<sup>66</sup> Fischer (2001, pp. 635-638 y 651-654).

<sup>67</sup> Viney y Jourdain (1998, p. 79).

<sup>68</sup> Trucktor (pp. 371-373): «Application of pure loss of chance should be narrow in scope».

o los *filtros* a los que se refiere Elena de Vicente<sup>69</sup> al insistir en la necesidad de que este criterio se aplique de forma restrictiva<sup>70</sup>. Se ha propuesto así una variedad de límites que permitirían excluir la aplicación de la responsabilidad proporcional en determinados casos: supuestos en que la ausencia de prueba del nexo causal está ligada a procesos causales completos y determinados; en que la apreciación del elemento etiológico depende de un pronóstico en torno a la conducta que habría adoptado la víctima de no haber mediado el hecho ilícito (doctrina del *Choice, Not Chance*); en que la dificultad probatoria consiste en averiguar qué habría ocurrido si el agente hubiera cumplido un deber (causalidad omisiva); en que el beneficio inobtenido es de naturaleza patrimonial; o en que, al contrario, la ventaja inconseguida es de índole personal.

No acierto a ver qué hay de desmesurado en resolver todos los supuestos de incertidumbre causal en sentido propio mediante la regla de la responsabilidad proporcional, esto es, en equidistribuir siempre entre el agente y la víctima el coste de las dudas en torno a la existencia del nexo causal, salvo que el legislador haya establecido una regla probatoria finalista especial. Del mismo modo que, sin necesidad de previsiones codiciales o generales, se obliga a cada cocausante de un daño a indemnizar en función de su cuota de «aportación causal» (al menos en la relación interna entre los diversos autores, si se afirma la responsabilidad solidaria frente a la víctima), puede entenderse que, ante la incertidumbre causal y en ausencia de reglas probatorias especiales, el agente (posiblemente) dañoso responde en la medida de la probabilidad causal. Cabe considerar, por tanto, que procede «moderar» la indemnización, no solo en supuestos de culpa (*rectius*: hecho) de la víctima, sino también en casos de incertidumbre causal.

Este planteamiento, afirmado como general, sin otros apoyos normativos que la tipificación de varios supuestos concretos de responsabilidad proporcional y el principio de igualdad general (art. 14 CE) y procesal (art. 24 CE), puede resultar sorprendente. Ahora bien, este basamento normativo para la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal es mucho más consistente, creo, que los expedientes pergeñados para limitar su *ámbito de aplicación*. No cabe inventar *límites* a la imputación probabilística y hacerlos pasar por exigencias *legales*, como si derivasen racionalmente de las normas de responsabilidad civil.

Si no se acepta que la responsabilidad proporcional vale para todos los casos de incertidumbre causal en que no está legalmente excluida, hay que reconocer que la decisión judicial de aplicar el «todo o nada» (basada en la afirmación o negación del hecho causal a partir del umbral de la probabilidad preponderante) o el «ni todo ni nada» (fundada en la imputación probabilística) es convencional. Solo la doctrina del precedente judicial limitaría la discrecionalidad judicial; a partir de ella cabría, en efecto, aislar grupos de casos o ámbitos donde la responsabilidad proporcional no puede dejar de aplicarse como solución a la incertidumbre causal (p. ej., casos de negligencias de profesionales legales o sanitarios).

<sup>69</sup> Vicente Domingo (1994, pp. 42-43).

<sup>70</sup> También en esta línea, últimamente, Martín-Casals (2016, pp. 63-66).

## Referencias bibliográficas

- Arenas Mendoza, H. A. (2014). *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Bogotá: Legis.
- Asúa González, C. I. (2008). *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- Atienza Rodríguez, M. (1986). *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas.
- Bandrés Sánchez-Cruzat (Dir.). (2003). *Constitución y control de la actividad administrativa*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Blanquer Criado, D. (2006a). *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho administrativo. Taking facts seriously*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Blanquer Criado, D. (2006b). *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bocchiola, M. (1976). Perdita di una «chance» e certezza del danno. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*.
- Boré, J. (1974). L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. *Juris-Classeur périodique, La Semaine Juridique*, marg. 2620, 46 apartados.
- Bullington, S. A. (1997). Arizona's Loss of a Chance Doctrine: Not a Cause of Action, but More Than an Evidentiary Rule. *Arizona Attorney*, 33.
- Busnelli, D. (2000). Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi. *Rivista di Diritto Civile*.
- Cavanillas Múgica S. y Fernández Tapia, I. (1992). *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*. Madrid: Ceura.
- Chabas, F. (1991). La perte d'une chance en droit français. En O. Guillod (Dir.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*. Genève-Zurich: Centre Études Juridiques Européennes.
- Cobrerros Mendazona, E. (2013). La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado. *Revista Vasca de Administración Pública*, 96.
- Del Saz Cordero, S. (2014). La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado. *Revista de Administración Pública*, 195.
- Doménech Pascual, G. (2008). Recensión a Luis Medina Alcoz, «La teoría de la pérdida de oportunidad». *Revista de Administración Pública*, 176.
- Doménech Pascual, G. y Puchades Navarro, M. (2014). Compensating acquitted pre-trial detainees. *International Review of Law and Economics*.
- Donato Busnelli, F. (1997). Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento». *Danno e Responsabilità*, 3.
- Frank, J. (1993). Derecho e incertidumbre. (2.<sup>a</sup> ed.), trad. original inglés Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism. *New York University Law Review*, oct. 1951, núm. 4, C. M. Bidegain. México D. F.: Fontamara.

- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons: Madrid.
- Fischer, D. A. (2001). Tort recovery for loss of a chance. *Wake Forest Law Review*, 36.
- Gallardo Castillo, M.<sup>a</sup> J. (2015). Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria. La doctrina de la pérdida de oportunidad, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46.
- García Amado, J. A. (2012). Responsabilidad jurídica. *Eunomía. Rivista en Cultura de la Legalidad*, 1.
- Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- Gascón Abellán, M. (2009). La prueba del nexo causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria. En S. Jiménez, V. M. Marínez y E. Belda (Coords.), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*. Jornadas hispano-mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria, Toledo, 28-29 de noviembre de 2007. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*.
- González Lagier, D. (2003). Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal, *Jueces para la Democracia*, 46-47.
- Gordley, J. (1991). *The philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon.
- Herrera Montáñez, D. A. (2016). *El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Johnson, V. R. y Gunn, A. (1999). *Studies in American Tort Law*. (2.<sup>a</sup> ed.). Dirham: Carolina Academic Press.
- Haack, S. (2014). *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press.
- Kaye, D. (1982). The limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation. *American Bar Foundation Research Journal*, 2.
- Khoury, L. (2006). *Uncertain Causation in Medical Liability* (pp. 133-135). Cowansville (Québec): Éditions Yvon Blais.
- King, J. H. (1998). Reduction of likelihood» reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine. *University of Memphis Law Review*, 28.
- Levmore, S. (1990). Probabilistic Recoveries, Restitution and Recurring Wrongs. *Journal Legal Studies*, 19.
- Luna Yerga, Á. (2004). *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Luna Yerga, Á. (2005). Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2.
- Makdisi, J. (1989). Proportional liability: A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability. *North Carolina Law Review*, 67.
- Martín-Casals, M. (2016). Proportional liability in Spain: a bridge too far? En M. Martín-Casals y D. M. Papayannis (Eds.), *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge University Press.
- Martínez-Escamilla, M. (1992). *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa.

- Medina Alcoz, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- Müller, C. (2002). *La perte d'une chance*. Bern: Stämpfli Verlag.
- Múrtula Lafuente, V. (2005). *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de grupo*. Madrid: Dykinson.
- Ormazábal Sánchez, G. (2004). *Carga de la prueba y sociedad de riesgo* (pp. 17-24). Madrid: Marcial Pons.
- Paccès, A. (1994). Competizioni automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle «chances» perdute?, nota a la Sentencia del Tribunal de Monza de 21 de febrero de 1992. *Rivista di Diritto Sportivo*.
- Paccès, A. (2000). Alla ricerca delle «chances» perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale, comentario a la Sentencia del Tribunal de Roma de 28 octubre de 1999. *Danno e Responsabilità*, 6.
- Pantaleón Prieto, F. (1991). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. *Centenario del Código Civil* (pp. 1.971-2.003), t. II, Madrid: Ceura.
- Peña López, F. (2011). *Dogma y realidad del Derecho de daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- Posner, R. A. (1999). An Economic Approach to the Law of Evidence. *Stanford Law Review*, 51.
- Posner, R. A. (2007). *El análisis económico del Derecho*.
- Priest, G. L. (2005). El derecho de la responsabilidad extracontractual moderno y su reforma. En C. F. Rosenkrantz (Comp.), *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa.
- Ríos Erazo I. y Silva Goñi, R. (2014). *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ríos Erazo I. y Silva Goñi, R. (2015). La teoría de la pérdida de oportunidad según la Corte Suprema. *Revista de Derecho*, 7.
- Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba*, trad. E. Krotoschin. (3.<sup>a</sup> ed. alemana). Buenos Aires: EJEJA.
- Rossetti, M. (2000). Il danno da perdita di «chance». *Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti*.
- Ruda González, A. (2003). Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 5(1), reproducido con el título de «La responsabilidad por cuota de mercado a juicio» en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. Recuperado de <[www.indret.com](http://www.indret.com)>, 3/2003.
- Ruda González, A. (2008) *El daño ecológico puro*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Samuel Kuhn, T. (1975). *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. A. Contín. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Samyra, Á. (2017). *Aplicación necesaria de la teoría de la causalidad probabilística respecto de la protección del daño patrimonial producido extracontractualmente en nuestro ordenamiento jurídico*. (Tesis de grado). Universidad César Vallejo.
- Savatier, R. (1976). Aspects de la responsabilité médicale en France. *Revue Française de Droit Administratif*.
- Schuck, P. H. (2005). Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales. En C. F. Rosenkrantz (Comp.), *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa.

- Schweizer, M. (2013). *The civil standard of proof- what is it, actually?* En publicaciones del Max Planck Institute for Collective Goods. Recuperado de <[http://www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2013\\_12online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2013_12online.pdf)>.
- Serra Rodríguez, A. (2001). *La responsabilidad civil del abogado*. (2.ª ed.). Aranzadi, Elcano.
- Shapiro, B. J. (1991). *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause. Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkley: University of California.
- Shavell, S. (1987). *Economic analysis of accident law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Soler Presas, A. (1998). *La valoración del daño en el contrato de compraventa*. Aranzadi, Elcano.
- Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè.
- Taruffo, M. (2005). Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Jueces para la Democracia*, 52.
- Torresi, T. (1999). Il danno da perdita di «chance» tra contratto e torto: diritto alla integrità patrimoniale? danno meramente patrimoniale? *Giurisprudencia Italiana*.
- Trucktor. The loss of chance doctrine legal recovery for patients on the edge of survival. *University of Dayton Law Review*, 24.
- Turton, G. (2016). *Evidential Unvertainty in Causation in Negligence*. Portland: Hart Publishing.
- Vázquez, C. A. (2013). A modo de presentación. En C. A. Vázquez (Ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Vicente Domingo, E. (1994). *Daños corporales: tipología y valoración* (pp. 42-43). Barcelona: Bosch.
- Viney G. y Jourdain, P. (1998). *Les conditions de la responsabilité (Dommage. Causalité. Faute. Fait d'autrui. Fait des choses. Troubles de voisinage. Accidents de la circulation)*. (2.ª ed.). Paris: LGDJ.
- Von Ihering, R. (2005). *El espíritu del Derecho romano*. Madrid: Marcial Pons.
- Weigand, T. A. (2002). Loss of chance in medical malpractice: the need for caution. *Massachusetts Law Review*, 87.
- Weinrib, E. (1995). *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Yzquierdo Tolsada, M. (1999). Indemnización por la pérdida de una expectativa. Comentario de la STS (Sala 1.ª) de 10 de octubre de 1998. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 2, 1.354.