

¿PUEDEN
DECLARARSE
RESPONSABILIDADES
POR DAÑOS SIN LA
PRUEBA DEL NEXO
CAUSAL? (Debate
en torno a la teoría
de la pérdida de
oportunidad)

Marina Gascón Abellán
Luis Medina Alcoz

LA OPORTUNIDAD PERDIDA RESPONSABILIDAD, CAUSALIDAD, PROBABILIDAD (A propósito de algunas tesis de Luis Medina Alcoz)¹

Marina Gascón Abellán

Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: 1. Planteamiento: causalidad, probabilidad e incertidumbre. La teoría de la oportunidad perdida. 2. Sobre la caracterización de la teoría de la oportunidad perdida como norma presuntiva. A) Permite conjurar la objeción contraepistemológica. B) Permite mostrar a la TOP como una doctrina legítima sin necesidad de respaldo legal. C) Coadyuva a evitar un uso espurio de la misma. 3. ¿Reinterpretar la causalidad?

1. PLANTEAMIENTO: CAUSALIDAD, PROBABILIDAD E INCERTIDUMBRE. LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PERDIDA

Hasta hace poco tiempo era relativamente frecuente que los estudios sobre la prueba comenzaran lamentando la escasa atención que los juristas prestaban a este aspecto central de la maquinaria judicial. El lamento no era infundado, pues el interés de la dogmática jurídica por la prueba —al menos en la cultura jurídica continental— raramente ha ido más allá de la simple exégesis legal y jurisprudencial, y la teoría de la argumentación jurídica, que desde mediados del pasado siglo ha experimentado un desarrollo espectacular, se había centrado prevalentemente en los problemas de interpretación normativa, dando así por sentado que el juicio de hecho no plantea especiales problemas o que, planteándolos, está irremisiblemente abocado a la subjetividad extrema

cuando no a la pura y simple arbitrariedad. Pero hoy las cosas ya han cambiado mucho. Los estudios sobre el razonamiento jurídico han comenzado a dedicar una atención especial al juicio de hecho y han destacado sobre todo un aspecto del mismo que, pese a ser obvio, había quedado oscurecido: su carácter meramente probabilístico. Este es seguramente el rasgo más sobresaliente del juicio de hecho y su constatación resulta crucial, pues la concepción del juicio valorativo en términos de simple probabilidad obliga a revisar numerosas instituciones jurídicas ligadas al universo de la prueba.

El razonamiento que caracteriza la prueba judicial sobre un hecho litigioso consiste —muy resumidamente— en sostener que existen leyes causales que conectan las pruebas con ese hecho ($p \rightarrow h$), de manera que si se acreditaran las pruebas (p) entonces quedaría acreditado el hecho (h)². Por eso decir que el juicio de hecho (o la valoración de la prueba, que constituye su núcleo esencial) tiene estructura probabilística equivale a afirmar que esas

leyes o regularidades causales de las que debemos echar mano para probar un hecho son leyes probabilísticas; es decir, leyes que indican, de acuerdo con nuestra experiencia pasada, que «si sucede *a*, entonces es probable (en un cierto grado) que también suceda *b*». Conviene destacar además que esto no es así sólo para un reducido grupo de pruebas de débil fundamento epistemológico. Al contrario, este es el rasgo central, o el más definitorio, del razonamiento que tiene lugar en la prueba judicial. De hecho, incluso la mayor parte de las leyes que dan soporte a las llamadas pruebas científicas o deductivas son, en sentido estricto, leyes de naturaleza estadística, de manera que también los resultados de estas pruebas, como los del resto de pruebas, deberían ser leídos en términos de simple probabilidad, por más alta que esta pueda ser³.

Lamentablemente la concepción probabilística de la prueba no ha calado aún plenamente en el aire que respiran los juristas. Ni en consecuencia en la jurisprudencia, que aún maneja, o bien una visión extremadamente ingenua del juicio de hecho anclada en una concepción del mismo de naturaleza deductiva o demostrativa, o bien, alternativamente, una visión extremadamente subjetivista del mismo donde no queda espacio para su control racional⁴. Pero también es cierto que en esta cuestión se va avanzando poco a poco, y seguramente uno de los espacios donde cabe apreciar este progreso de manera más notable sea el de la prueba de la relación de causalidad, que constituye el intríngeo probatorio en la mayoría de los procesos de responsabilidad por daños.

La prueba del nexo causal entre un hecho ilícito y el daño producido reviste un particular interés. Y ello porque, incluso para quienes tienden a caracterizar irreflexivamente el juicio de hecho como un razonamiento de naturaleza demostrativa y a concebir sus resultados en términos de verdad o falsedad absoluta, en relación con la prueba del nexo causal resulta ciertamente difícil mantener una concepción del juicio de hecho tan ingenua. Repárese sólo en la siguiente cuestión. Incluso si se da por descontado, al calor de las teorías de la equiva-

lencia de condiciones o de la *conditio sine qua non*, que existe relación de causalidad entre un hecho ilícito y un daño si aquél es condición necesaria de éste (o sea si podemos dar por cierta la hipótesis de que en ausencia de aquél éste no se hubiera producido), la comprobación de este punto no es algo que resulte precisamente fácil. Al contrario. En numerosísimos supuestos el daño puede deberse a causas distintas o incluso a una concurrencia de causas y, por consiguiente, pretender en estas circunstancias que el nexo causal deba resultar siempre fehacientemente acreditado no es más que una vana e irreal pretensión. Probar los hechos es (prácticamente siempre) cuestión de probabilidad. Más aun si lo que se trata de probar es la existencia de una relación de causalidad que —como acaba de decirse— es en sí misma una hipótesis sobre “lo que habría ocurrido de no haber mediado el hecho ilícito”. Naturalmente habrá casos en los que la probabilidad será muy alta y en consecuencia podrá equipararse a la certeza absoluta. Pero también habrá casos en los que no lo será: casos de incertidumbre, o dudosos, o con un importante margen de error, en los que por consiguiente —y de acuerdo con los estándares de prueba aceptados⁵— no podrá afirmarse si el hecho enjuiciado ha sido o no (condición necesaria y por lo tanto) la causa del daño. La existencia del nexo causal, en suma, no siempre puede resultar *evidentemente* acreditada o no acreditada.

La situación de incertidumbre en la que muchas veces se resuelve la especial dificultad probatoria del nexo causal conduce, en rigor, a declarar que no hay responsabilidad y con ello a denegar toda indemnización. En algunos casos, sin embargo, en concreto cuando se ha acreditado una *probabilidad significativa* de la existencia del nexo causal aunque no la suficiente para darlo por verdadero, esta denegación total de indemnización produce sensación de *injusticia*. Esto sucede particularmente en los procesos de depuración de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por uno de sus agentes, donde ese resultado insatisfactorio para el damnificado proviene no sólo de la especial dificultad

para probar el nexo causal sino también de la desigualdad de armas en que se encuentran víctima y Administración en el momento de esclarecer los hechos⁶.

Precisamente con el fin de corregir este eventual resultado injusto ligado a la incertidumbre sobre la existencia del nexo causal, por vía doctrinal y jurisprudencial se ha construido una doctrina, la de la *pérdida de oportunidad*, que sirve a este propósito de dos modos: primero como *instrumento de facilitación probatoria* de la prueba del nexo causal entre la actuación del agente y el daño producido; después como *criterio para cuantificar la indemnización* que corresponde. La trama de la doctrina es la siguiente: aunque no puede darse por probado el nexo causal porque la probabilidad no alcanza los estándares exigidos, sí puede probarse que había una oportunidad significativa de evitar el daño y que esa oportunidad se perdió a causa del comportamiento (activo u omisivo) del agente, en atención a lo cual puede imputarse responsabilidad y obtenerse por ello una indemnización proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

El libro de Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad* (Thomson-Civitas, Madrid, 2007), constituye un magnífico estudio de esta doctrina y desde luego llama la atención de cualquier teórico o científico del derecho interesado en los problemas que presenta la prueba. Primero porque versa sobre la prueba de la relación de causalidad, que constituye sin duda uno de los mejores laboratorios para ensayar cualquier modelo teórico sobre la prueba. Segundo porque no sólo pretende resolver un importantísimo problema práctico del derecho de daños (el ya comentado de la “injusticia” que en muchos casos supone la denegación de toda indemnización por “insuficiente” prueba del nexo causal) sino que lo hace además desde un ambicioso programa teórico. Si en ocasiones los teóricos del derecho rompen la separación teoría/práctica ocupándose de problemas prácticos, también los dogmáticos la rompen a veces ocupándose de problemas teóricos, y Luis Medina es un excelente ejemplo de esto último. Y tercero, y

lo que resulta quizás más estimulante, porque la reconstrucción teórica de la prueba de la causalidad y de la doctrina de la oportunidad perdida se realiza desde una concepción probabilística del juicio de hecho, superando así los numerosos déficit aún existentes en una jurisprudencia y una doctrina que sólo costosamente se abren a ella. Merece la pena comentar y discutir brevemente con el autor algunos aspectos del libro.

2. SOBRE LA CARACTERIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PERDIDA COMO NORMA PRESUNTIVA

Luis Medina configura la teoría de la pérdida de oportunidad como un *remedio resarcitorio* que se articula a través de una *técnica de facilitación probatoria*. Y ciertamente pocas objeciones cabe poner a esta caracterización, porque así es: es verdad que el objetivo de esta doctrina es procurar algún resarcimiento en ciertas situaciones de incertidumbre y es verdad también que allí donde es aplicable la prueba de la causalidad resulta aliviada, pues lo que la víctima debe probar no es que el comportamiento del agente *causó el daño* sino tan sólo que *fue la causa de que se perdiera una oportunidad significativa de evitarlo*. Ahora bien, conviene puntualizar esta última afirmación. El hecho de que la doctrina de la pérdida de oportunidad sea una técnica de facilitación probatoria no significa —como parece en cambio colegirse del planteamiento de Luis Medina⁷— que allí donde funciona se esté dando por acreditada o probada *sin fundamento empírico alguno* la existencia del nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño producido. “Facilitación probatoria” no significa “ausencia de prueba”. Y que esto es así me parece que resulta visible si se opta por la que considero la reconstrucción más apropiada de la doctrina de la pérdida de oportunidad: la

que la concibe como una presunción *iuris tantum*.

Una presunción *iuris tantum* es una *norma* jurídica que, con el fin de proteger determinados valores (en nuestro caso con el fin de evitar que, por la extrema dificultad de probar el nexo causal, queden sin indemnización algunos supuestos de daños), establece que *debe presumirse (es decir debe actuarse “como si” estuviera acreditado) un hecho si se acreditan otros hechos y no existe prueba en contrario de aquél*⁸. Y este es justamente el modo en que puede reconstruirse la TOP⁹: “si había una oportunidad real y sería de evitar el daño que se perdió a causa de la actuación incorrecta del agente; y no está probado que el daño se debiera a otras causas; entonces debe presumirse que (o sea *debe actuarse ‘como si’ estuviese probado que*) el daño fue causado por la actuación incorrecta del agente”.

(Hechos base ^ No-no-nexo causal) → Consecuencia jurídica

Hechos base: 1) había una oportunidad real y sería de evitar el daño; y 2) esa oportunidad se perdió a causa del comportamiento del agente.

No-no-nexo causal: no está probado que no existe nexo causal (o sea, no está probado que el daño se debiera a otras causas distintas al comportamiento del agente).

Consecuencia jurídica: debe presumirse que (o sea, debe actuarse “como si” estuviera probado que) el comportamiento del agente causó el daño; es decir, *debe imputarse responsabilidad al agente y reconocerse una indemnización*.

Puede decirse, pues, que la doctrina de la oportunidad perdida instaura un remedio *normativo* que permite imputar responsabilidad por daños y reconocer una indemnización en los casos en que no existe suficiente certeza ni de la existencia ni de la inexistencia de la relación de causalidad pero está acreditado que había una oportunidad de evitar el daño que se perdió a causa del comportamiento del agente; y ese remedio normativo se articula técnicamente como una presunción *iuris tantum*¹⁰.

La caracterización de la TOP como presunción *iuris tantum* no sólo resulta apropiada sino que además presenta —me parece— algunas ventajas. En primer lugar, porque permite conjurar los recelos que despierta entre quienes ven en ella una técnica probatoria contraria a las exigencias de la teoría racional de la prueba. En segundo término porque se presenta como una técnica probatoria legítima aunque no goce de respaldo legal explícito. Por último, porque permite visualizar mejor los requisitos para su válida aplicación y contribuye así a evitar un uso espurio de la misma.

A) PERMITE CONJURAR LA OBJECCIÓN CONTRAEPIDEMOLÓGICA: LA TOP NO ES UNA FICCIÓN PROBATORIA

La TOP —como bien pone de manifiesto Luis Medina— no es aceptada con generalizado entusiasmo sino que es más bien objeto de críticas. La más importante de ellas se vincula a su carácter de instrumento que facilita la prueba y puede reconstruirse así: si la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño producido no está probada (porque la probabilidad de su existencia no alcanza los estándares exigidos), entonces no debería imputarse responsabilidad ni reconocerse indemnización alguna. Lo que se sostiene —en otras palabras— es que al aplicar la TOP se está actuando *contraepistemológicamente*, pues se está dando por probado algo que en absoluto lo está y por ende se está eludiendo el requisito del nexo causal necesario para la imputación de responsabilidad.

La reconstrucción de la TOP que mejor encarna esta crítica es la que la concibe como una *ficción* probatoria, una *mentira técnica*, un instrumento normativo que impone considerar verdadero algo que es falso y se sabe que es falso. Más exactamente, la que entiende que la TOP es una doctrina que *finje* que el daño producido es, no el que ha dado origen al conflicto, sino el consistente en la pérdida de la oportunidad de que aquél no se produ-

jera, y que en consecuencia *asimila la* (prueba del nexo causal entre el comportamiento del agente y la *pérdida de la oportunidad de evitar un daño con* (la prueba del nexo causal entre el comportamiento del agente y) el *daño mismo*. Así pues, quienes sostienen que la TOP es una ficción probatoria hacen la siguiente lectura de la misma: si se prueba que el comportamiento del agente fue la causa de que se perdiera una oportunidad de evitar el daño, entonces *está probado* que el comportamiento del agente fue la causa del daño, *lo cual es claramente falso*.

Me parece, sin embargo, que esta lectura es equivocada. Primero porque —insistamos en ello— la TOP *no afirma* que esté probado el nexo causal sino sólo que si se dan ciertas circunstancias *debe actuarse “como si”* estuviera probado; es decir, debe imputarse responsabilidad. Segundo, y más importante, porque esa imputación no es arbitraria o ficticia: la asimilación entre la prueba de la pérdida de oportunidad de evitar el daño y la prueba del nexo causal sobre la que esa imputación se basa no es claramente falsa o contraepistemológica. La existencia de una oportunidad real y seria de evitar el daño es, al menos, un *indicio* de que con una actuación correcta (o sea, si no se hubiera perdido esa oportunidad) el daño se habría evitado, pues lo que significa una oportunidad *real y seria* es que «no hay razones para pensar que la oportunidad no se hubiera aprovechado» y que «de haberse aprovechado *es probable* que el daño se hubiera evitado». Indicio que además se refuerza con *otro indicio*: no se ha probado que el daño se debiera a otras causas. La TOP, por consiguiente, tiene un fundamento empírico: presupone —podría decirse— que el grado de probabilidad de que el comportamiento del agente haya sido la causa del daño es *directamente proporcional* al grado de probabilidad de haber evitado el daño e *inversamente proporcional* al grado de probabilidad de que el daño se haya debido a otras causas.

En suma, la equivalencia entre la prueba de la pérdida de la oportunidad y la prueba del nexo causal sobre la que se erige la imputación de responsabilidad que lleva a cabo la

TOP tiene un *fundamento empírico serio* que se expresa en el siguiente razonamiento: «si había una posibilidad real y seria de haber evitado el daño y no hay razones para pensar que el daño fuera debido a otras causas, entonces hay razones para sostener (o es probable) que de no haberse perdido esa oportunidad el daño se habría evitado»¹¹. Es precisamente este fundamento empírico el que pone de relieve que no estamos ante una ficción sino ante una presunción. Y es también ese fundamento empírico el que pone de relieve que allí donde esta presunción funciona no se actúa contraepistemológicamente.

B) PERMITE PRESENTAR LA TOP COMO UNA DOCTRINA LEGÍTIMA AUN SIN RESPALDO LEGAL

Pero que la TOP pueda reconstruirse como una presunción *iuris tantum* que goza de un fundamento empírico serio significa algo más: significa también que la cuestión de su anclaje en el derecho positivo, que es algo que lógicamente preocupa a Luis Medina¹², tal vez deba ser relativizada.

En efecto, aun cuando la razón de ser de esta presunción —al igual que la del resto de las presunciones— es por así decir “ideológica o política” o en todo caso no epistemológica, pues —no importa insistir en ello una vez más— reside directamente en la necesidad de evitar que por la especial dificultad para probar el nexo causal queden sin indemnización determinados supuestos de daños, el hecho de que la presunción tenga un muy serio fundamento empírico —como por cierto lo tienen la mayoría de (aunque no todas) las presunciones— hace que se conecte tan fuertemente a la teoría de la prueba que no precise respaldo legislativo para poder entenderse justificada. Y es que la TOP, en realidad, no es sino un modo de “rebajar” el estándar de prueba del nexo causal, y no de prescindir de ésta. Por eso, en la medida en que allí donde esta presunción funciona *ha habido prueba significativa del nexo causal* (puesto que se ha acreditado éste con un

grado significativo de probabilidad y al propio tiempo se ha descartado —también con un grado significativo de probabilidad— que el daño se debiera a otras causas) aunque no la suficiente para superar el estándar ordinario establecido, no resulta descabellado ni carente de todo fundamento que los jueces la apliquen aun sin respaldo legal expreso.

Obviamente lo anterior no supone desconocer el importante ejercicio de poder que la “creación” jurisprudencial de esta presunción supone: si, de acuerdo con la “regla legal”, para imputar responsabilidad y reconocer indemnización es necesario probar el nexo causal (o sea, superar el estándar de prueba establecido para ello), entonces toda decisión judicial consistente en imputar responsabilidad y reconocer indemnización cuando el estándar de prueba no se ha alcanzado es una decisión “creativa” o “al margen de la regla” mencionada, y en este sentido cabría objetar en línea de principio que es arbitraria o injustificada. Ahora bien, “en línea de principio”, pues también es verdad que en la mayoría de los sistemas la construcción del estándar de prueba, es decir la determinación de las condiciones para entender cumplida la mencionada regla según la cual “no hay responsabilidad sin prueba del nexo causal”, es de origen jurisprudencial y/o doctrinal, y no legal¹³, y por consiguiente no resulta descabellado que también por vía jurisprudencial, y siempre que no se actúe contraepistemológicamente, pueda “rebajarse el estándar” y paralelamente “modularse la indemnización”.

Creo, en definitiva, que mediante la TOP no se están afirmando responsabilidades sin causa demostrada sino que tan sólo se está rebajando el estándar de prueba. Por eso, y en la medida en que éste no suele venir fijado legal sino jurisprudencialmente, no parece que precise un respaldo legal expreso. Los únicos requisitos para su válida aplicación son, según creo, requisitos de orden epistemológico, es decir ligados a la teoría de la prueba. Pero esto conecta con el punto siguiente.

C) PERMITE VISUALIZAR MEJOR LOS REQUISITOS DE LA TOP PARA EVITAR UN USO ESPURIO DE LA MISMA

Por último, la reconstrucción de la TOP como una presunción *iuris tantum* también resulta útil para establecer sus presupuestos y evitar un uso espurio de la misma.

Uno de los peligros de la TOP más clara y atinadamente destacados por Luis Medina es el asociado a su “desmesurada potencialidad aplicativa”, pues casi cualquier supuesto de responsabilidad por daños puede en principio ser reconstruido conforme a esta doctrina. Esta potencialidad aplicativa de la TOP y la facilitación de la prueba que supone hacen que este remedio probatorio comporte riesgos que pueden resumirse de manera muy simple: la TOP puede terminar aplicándose con razón o sin ella. Y en particular puede terminar instituyendo una inaceptable sustitución sistemática del estándar de prueba del nexo causal. Para conjurar estos riesgos conviene tener claro cuáles son los presupuestos o requisitos para la válida aplicación de la TOP; es decir, los que justifican el recurso puntual a esta técnica, y una de las virtudes fundamentales del estudio de Luis Medina reside a mi juicio en la certera identificación de estos presupuestos y por tanto de los posibles usos indebidos de la doctrina de la oportunidad perdida. Es obvio, pues, como lo demuestra el libro que comentamos, que todos estos requisitos pueden ser perfectamente identificados sin necesidad de caracterizar la TOP como una presunción *iuris tantum*. Pero la caracterización de la TOP como norma presuntiva con fundamento empírico constituye una adecuada explicación de los mismos y contribuye a hacerlos bien visibles.

De hecho podemos reconstruir estos requisitos como sigue: 1º) en tanto que presunción *iuris tantum*, la TOP es un remedio *subsidiario* a la prueba del nexo causal al que sólo puede recurrirse cuando el proceso de prueba se ha cerrado sin éxito, es decir, en contextos de incertidumbre sobre la existencia (y sobre la inexistencia) del nexo causal¹⁴; y 2º) en tanto

que presunción que además de tener un fundamento valorativo o político tiene también un fundamento empírico; para que pueda recurrirse a la TOP *es necesario que exista una posibilidad real y seria de evitar el daño*, y no basta por lo tanto con alegar la existencia de una vaga y abstracta posibilidad de evitarlo. O si se quiere, la TOP sólo puede aplicarse válidamente si la probabilidad de que, actuando correctamente el daño no se hubiera producido, es una *probabilidad significativa o relevante*¹⁵.

Requisitos

1. Incertidumbre causal: el proceso de prueba se ha cerrado sin éxito.
 – No está probado que sí
 – Tampoco está probado que no
 Posibilidad real: tiene que haber alguna probabilidad significativa, no sólo una posibilidad abstracta.

Precisamente por eso hay un uso espurio de la TOP cuando falta alguna de estas circunstancias. En primer lugar cuando se utiliza esta técnica como *alternativa* a la prueba del nexo causal, lo que a su vez puede tener lugar en dos supuestos. Primero cuando se recurre a la misma pese a estar suficientemente probado el nexo causal con el único fin (aunque obviamente no se confiese) de rebajar indebidamente la indemnización; en este caso se le estaría hurtando a la víctima su derecho a la indemnización total para reconocerle sólo un resarcimiento parcial, y se estaría favoreciendo indebidamente al agente que provocó el daño¹⁶. Segundo cuando se recurre a la misma pese a estar suficientemente probada la inexistencia del nexo causal con el único fin (aunque obviamente tampoco se confiese) de proporcionar indebidamente alguna indemnización a quien dice haber sufrido un daño; en este caso se estaría favoreciendo indebidamente a la supuesta víctima concediéndole una indemnización que no le corresponde¹⁷. En ambos casos estaríamos actuando contraepistemológicamente por motivos injustificados.

Pero, en segundo lugar, también se hace un uso espurio de la TOP cuando no se acredita que existía una posibilidad real y seria de evitar un resultado dañoso; o si se quiere, cuando la probabilidad atribuida a las oportunidades

perdidas en la evitación del daño sea muy reducida. A este respecto conviene tener en cuenta que por ejemplo en un ámbito como el médico-sanitario, que es donde prevalentemente (y casi exclusivamente) se aplica la TOP como técnica probatoria, y donde por definición cualquier error médico implica pérdida de oportunidades de curación o de supervivencia para los pacientes, si no se exige que esas oportunidades sean reales y serias (y no meramente abstractas y débiles) se estará abriendo la puerta a la indemnización sistemática (es decir, siempre y en todos los casos), lo cual es obviamente un despropósito. Pero es que además, al actuar así, es decir al indemnizar oportunidades muy reducidas o no reales y serias, puede decirse que el requisito del nexo causal se diluye y se estará condenando por el mero incremento del riesgo, por pequeño que éste sea¹⁸.

Uso espurio de la TOP.

1. Si se usa cuando está probado que sí (para rebajar indebidamente la indemnización).
2. Si se usa cuando está probado que no (para dar indebidamente alguna indemnización)
3. Si se usa cuando no hay más que una vaga y abstracta posibilidad de evitar el daño (para otorgar indebidamente alguna indemnización).

3. ¿REINTERPRETAR LA "CAUSALIDAD"?

Una de las aportaciones más relevantes del libro de Luis Medina, aparte naturalmente del pormenorizado análisis de la doctrina de la oportunidad perdida, seguramente sea la de haber contribuido a poner en solfa la acrítica concepción demostrativa del razonamiento probatorio en una de las áreas (la de la prueba del nexo causal) en las que dicha concepción puede tener consecuencias más injustas. Y es que, en efecto, cuando se maneja una concepción demostrativa de la prueba se asume al propio tiempo que para imputar responsabilidad la relación de causalidad ha de estar *completamente* acreditada, pero las enormes dificultades que muchas veces existen para alcanzar este resultado (equivalente a afirmar su "verdad",

sin matices) pueden conducir a una denegación de justicia. La TOP, en cambio, en cuanto técnica de “rebaja” del estándar de prueba del nexo causal justamente con el objetivo de evitar ese resultado injusto, descansa sobre el carácter meramente gradual o probabilístico de esta prueba y exige en consecuencia abandonar aquella maniquea concepción de la misma. En otras palabras, la TOP exige la apertura de los juristas y de los tribunales a una epistemología más racional y crítica de la prueba; y de hecho la aplicación de esta doctrina ha corrido paralela a la apertura comentada.

Pero Luis Medina va más allá y —aparte del cambio producido en la manera de concebir la *prueba* de la causalidad— sugiere incluso un cambio en el propio *concepto* de causalidad, un auténtico cambio de paradigma. Más concretamente, rebate el concepto mecanicista de causalidad para sostener otro basado en la probabilidad.

El autor, en efecto, entiende que la doctrina de la oportunidad perdida, al establecer indemnizaciones cuando no está probado el nexo causal entre hecho ilícito y daño, se muestra radicalmente incompatible con la teoría tradicional de la causalidad, y precisamente para superar esa incompatibilidad aboga por una interpretación de la TOP bajo el prisma de una *teoría de la causalidad parcial o probabilística* alternativa a esta última. Mientras la teoría tradicional se asienta sobre el concepto de causa como *condición unitaria o indivisible* de un evento, la TOP —sugiere el autor— exige una nueva teoría de la causalidad que se asienta sobre la idea de *causalidades parciales o proporcionales* a las que, en consecuencia, corresponde una indemnización también sólo parcial o proporcional.

Desde luego no puede negarse que la idea de “causalidades proporcionales” es sugerente, aunque para nuestras intuiciones más asentadas quizás pueda parecer estrafalaria. No estoy segura, sin embargo, de que este concepto probabilístico de causalidad venga exigido por la TOP ni de que sea el más apropiado para manejar los problemas relevantes de la incertidumbre causal en el campo del derecho. Creo

más bien que la incompatibilidad señalada por Luis Medina entre la teoría tradicional de la causalidad y la TOP no es tal y que para explicar esta doctrina (o sea, para explicar por qué se indemniza cuando —según el estándar de prueba aceptado— no está probado que el hecho ilícito sea la causa del daño) no es necesario recurrir a una nueva teoría de la causalidad probabilística alternativa a la teoría tradicional. Tan sólo es necesario superar la acrítica epistemología aún imperante en el ámbito jurídico que, no tomando nota de la falibilidad e imperfección de nuestro conocimiento del mundo ni en consecuencia del carácter meramente probabilístico de nuestras afirmaciones sobre el mismo, actúa como si la certeza se alcanzara totalmente o no se alcanzara en absoluto. Superada esa epistemología, dar respuesta al problema de la incertidumbre del nexo causal no es más que una cuestión de *policy*: de decidir si queremos mantener en todos los casos los estándares (probabilísticos) de prueba fijados con carácter general o si por el contrario estamos dispuestos a rebajarlos en ciertos supuestos modulando al propio tiempo las consecuencias jurídicas anudables a esa rebaja; en concreto, modulando la indemnización en proporción al grado de certeza con el que se afirma el nexo causal. En suma, la incertidumbre causal es, en mi opinión, un *problema epistemológico*, de conocimiento del mundo, y no (o no necesariamente) un problema que deba ser resuelto alterando el *concepto de causalidad*. Creo por ello que puede (y tal vez debe) hacerse una lectura de la TOP simplemente en estas claves, sin que exista confrontación con la teoría tradicional de la causalidad: a saber, como un remedio *normativo* resarcitorio que en casos de incertidumbre, y en aras de “hacer justicia”, rebaja el estándar de prueba generalmente aceptado y en consecuencia la indemnización correspondiente. Y no veo por qué esta explicación de la TOP como una suavización del estándar de prueba habría de resultar —como sostiene Luis Medina— “artificiosa”¹⁹.

Por lo demás, me parece que la ventaja que supuestamente ofrece la teoría probabilística de la causalidad de cara a explicar la TOP no es

tal. En opinión de Luis Medina dicha ventaja consiste en lo siguiente: mientras la teoría tradicional de la causalidad obliga a concebir la TOP como una doctrina que en situaciones de incertidumbre *modifica (rebaja) el estándar de prueba*, la teoría probabilística de la causalidad permite presentar la TOP como una doctrina que en situaciones de incertidumbre causal lo que modifica es *el objeto mismo de la prueba*, que, de ser que “el hecho ilícito ha causado el daño”, pasa a ser entonces “la probabilidad misma de evitar el daño u obtener una ventaja”. Pues bien, aparte de que no se comprende por qué es mejor o menos problemático modificar el propio objeto de la prueba que modificar el estándar, lo cierto es que en mi opinión entre ambas cosas no existe una diferencia radical. Repárese tan sólo en que probar o acreditar que “había una probabilidad x de evitar el daño u obtener una ventaja” (que se perdió a causa del hecho ilícito) no es muy diferente de probar o acreditar, con esa misma probabilidad x , que “el hecho ilícito ha causado el daño”, pues —recordemos lo ya dicho en el epígrafe 2.1— la existencia de una probabilidad x de evitar un daño u obtener una ventaja es un indicio de que con una actuación correcta (o sea, si no se hubiera perdido esa oportunidad) es probable en grado x que el daño se hubiera evitado. Resulta, en suma, difícil sostener que con la TOP se ha modificado el objeto mismo de la prueba, porque resulta difícil sostener que la prueba de la oportunidad de evitar un daño u obtener una ventaja es algo desvinculado o independiente de la prueba del nexo causal.

De todos modos, aunque se aceptara lo que he sostenido aquí (a saber, que la TOP seguramente no exige un cambio en la manera de concebir la causalidad), ello no resta un ápice de interés a la cuestión suscitada: la de cuál es el *concepto de causalidad* apropiado para la imputación de responsabilidad. Este es un asunto de la máxima importancia al menos por dos razones. Primero por la obvia razón de que existe una *intrínseca relación entre la teoría de la causalidad y la teoría de la prueba*, o si se quiere, entre el concepto de causalidad que se maneja y la cuestión de cómo ha de probarse

la relación causal (por ejemplo, según la tesis tradicional, la relación causal ha de probarse acreditando que el hecho ilícito es condición necesaria del daño). Y segundo porque tal vez no baste con un único concepto de causalidad. Es posible por ejemplo —quizás tenga razón Luis Medina— que el concepto de causalidad tradicional siga siendo el más adecuado o conveniente para cimentar la responsabilidad jurídica en general pero en cambio no sea el que mejor se acomode a algunas fórmulas resarcitorias hoy vigentes que establecen indemnizaciones proporcionales, como la de la responsabilidad colectiva, la responsabilidad por cuota de mercado u otras semejantes. Por lo demás, la fijación del concepto de causa es también un *prius* para dar respuesta a otros problemas relacionados con la causalidad. A partir de él, por ejemplo, y una vez establecido *cómo ha de probarse* la relación causal, puede ser conveniente saber *qué quantum de prueba puede razonablemente alcanzarse*; es decir cuáles son los *límites epistémicos* que afectan a la prueba del nexo causal. Conocer este punto es importante a efectos de establecer estándares de prueba empíricamente alcanzables. Por último, y también una vez fijado el concepto de causa, tendrá pleno sentido abordar la otra gran cuestión ya no fáctica sino jurídica implicada en la responsabilidad: la de la *causation in law*, por usar terminología al uso; o sea la de determinar, dentro de un contexto de causas o de condiciones de un efecto, aquella en la que se va a hacer descansar la responsabilidad, o la de determinar cuándo y conforme a qué criterios está justificado, a efectos de imputación de responsabilidad, ampliar o restringir el ámbito de sujetos comprendidos en la causalidad física probada; la de determinar, en suma, en qué supuestos cabe alterar la regla general que establece una equivalencia entre *relación de causalidad e imputación de responsabilidad*.

Son, pues, muchos los retos teóricos vinculados al problema de la relación causal en el Derecho y todos ellos penden de la teoría de la causalidad que se maneje. La espléndida monografía de Luis Medina Alcoz tiene esto claro, y de hecho —como hemos visto— adopta

una posición muy firme en este punto: la de sostener que la TOP exige una teoría probabilística de la causalidad alternativa a la tradicional. Tengo dudas de que esta sea la solución más correcta o conveniente. Pero eso es lo de menos. Lo que hace relevante esta obra no es sólo —me parece— el riguroso análisis de la TOP que realiza, ni sólo la comentada apuesta por una teoría alternativa de la causalidad para explicarla. El incuestionable valor de este

trabajo reside también, y muy especialmente, en que no huye de ningún problema teórico, por complejo que este sea. Es precisamente esta actitud de rigor en la fundamentación y de curiosidad intelectual lo que hace que el libro constituya también un completo estudio de los problemas y doctrinas de la causalidad, y desde luego un acicate para seguir escudriñando en ese universo de cuestiones.

NOTAS

1. El presente debate se inserta en el proyecto de investigación nº PII1109-0173-2296 (*Nuevos dominios de la teoría de la argumentación jurídica: legislación, prueba de los hechos y teoría del derecho*), financiado por la JCCLM.
2. Por simplicidad lingüística me permito aquí la licencia de hablar de “pruebas” y de “hechos litigiosos” en lugar de hablar —como sería lo riguroso— de “enunciados probatorios” y de “enunciados (o hipótesis) sobre hechos litigiosos”. Queda, pues, sobreentendido que lo que se prueban no son hechos sino enunciados sobre hechos y que lo que constituyen las pruebas tampoco son hechos sino (de nuevo) enunciados sobre hechos; o aun más concretamente, enunciados probatorios.
3. Incluso la prueba del ADN, sin duda una de las pruebas científicas más prestigiosas y de mayor rendimiento judicial, se funda en rigor en leyes de naturaleza estadística.
4. Es obvio que la posición más reprochable es la última, pues no obedece fundamentalmente a una errónea concepción de las cosas sino al acusado interés de servirse de las consecuencias de la misma: la concepción del juicio de hecho como juicio íntimo, intransferible e incontrolable convierte el poder de los órganos decisores en un poder sin frenos y —al eximirlos de la obligación de rendir cuentas— les facilita enormemente el trabajo.
5. Recordemos que un *estándar de prueba* marca el grado de probabilidad que (el enunciado sobre) un hecho debe alcanzar para darlo por probado.
6. “La víctima, lastrada con la carga de la prueba, se ve dificultada, al menos, por la frecuente actitud obstaculizadora de la Administración...; por sus propios desconocimientos; y por los perentorios plazos de prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial”. La observación es de Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000, p. 237, nota 346.
7. “Parece colegirse” porque si el autor entendiera —como creo que hay que entender, y sobre ello entraré en el punto 2.1— que cuando la TOP se aplica hay un buen *quantum* de prueba del nexo causal aunque claro está que no el suficiente para cumplir el estándar, creo que no sostendría —como veremos en el epígrafe 3— que con la TOP *no se suaviza el estándar de prueba* sino que lo que sucede es que *cambia el objeto mismo de la prueba*, que ya no es “la relación de causalidad” sino sólo “la probabilidad de obtener una ventaja”.
8. He argumentado a favor de esta reconstrucción de las presunciones en *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2ª edición, 2005, pp. 138 ss.
9. En adelante, y por razones de simplicidad, usaré este acrónimo para referirme a la *Teoría de la Oportunidad Perdida*.
10. Sobre la articulación de la TOP como norma presuntiva de facilitación probatoria he argumentado, con más detenimiento, en “La prueba del nexo causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria”, en S. Jiménez, V. Martínez y E. Belda coords., *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.
11. Por lo demás, cuando la TOP se aplica a otros ámbitos donde el daño producido es propiamente la pérdida de una oportunidad de conseguir una ventaja, no sólo no instaura una ficción sino tampoco una presunción probatoria. Así sucede, por ejemplo, cuando se solicita la declaración de responsabilidad del abogado que, por no haber interpuesto en

tiempo un recurso mediante el que se pretendía una indemnización, ha hecho perder a su cliente la oportunidad de haber ganado el recurso y con ello la indemnización pretendida. No parece forzado sostener que en estos casos el *daño real producido es justamente la pérdida de la oportunidad* de interponer el recurso para obtener una resolución satisfactoria, y no la *indemnización que hubiera obtenido con una resolución satisfactoria*, que ni existe ni es seguro que llegara a existir. De modo que, en este caso, acreditar que había una oportunidad real y sería de obtener una ventaja es exactamente probar (directamente y no mediante una presunción) el nexo causal del que deriva la responsabilidad del abogado.

12. De ahí el esfuerzo teórico que el autor realiza para, por medio de la analogía, extender el único supuesto de reconocimiento legal expreso de la TOP en el derecho español (la Ley 31/2007, de 30 de octubre, *sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*, artículo 112) a otros ámbitos; en particular al de la responsabilidad patrimonial médico-sanitaria, que es donde de manera más desenvuelta se aplica la doctrina que comentamos.

13. Y ello es así pese a que las leyes que prevén los institutos resarcitorios utilicen a veces, en referencia al requisito de la causalidad, expresiones del tipo “fehacientemente probado”.

14. En palabras de Luis Medina, la TOP, por cuanto técnica ante la incertidumbre, sólo entra en juego “cuando no haya podido acreditarse la concurrencia del nexo de causalidad porque el operador jurídico (...) considere que las probabilidades de que la víctima no hubiera sufrido el daño [con una actuación correcta del agente] no alcanzan el nivel suficiente para formar la convicción de que el agente provocó el daño”; o sea, sólo cuando fracase la prueba. Vid. *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., p. 87.

15. Insiste también en esta exigencia L. Medina, *Ibidem*, (vid., por ejemplo, p. 94), que la configura como el “umbral mínimo de seriedad” por debajo del cual no hay nada que resarcir. En la jurisprudencia comparada ha empezado a plantearse qué probabilidad estadística de evitar el daño debe concurrir para que pueda aplicarse la TOP.

16. Por ello no deben extrañar las críticas a estos usos de la TOP: si la relación de causalidad está probada, no se ve por qué habría de rebajarse la indemnización.

17. En el mismo sentido L. Medina, *La teoría de las pérdidas de oportunidad*, cit., pp. 90 ss.

18. Vid. en este mismo sentido, A. Luna Yera, *Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria*, en *InDret*, 02/2005, p. 7.

19. Vid. capítulo VI, apartado V: *La proliferación de ficciones como síntoma de crisis*.

LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL COMO RESPUESTA A LA INCERTIDUMBRE CAUSAL: ¿PROBLEMA DE DAÑO, DE CAUSA O DE PRUEBA? (A propósito de las observaciones de Marina Gascó Abellán)

Luis Medina Alcoz

Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Responsabilidad proporcional y teoría del daño. 3. Responsabilidad proporcional y teoría de la causalidad. A) La teoría de la causalidad probabilística. B) La responsabilidad proporcional como expresión de una metodología renovada de elaboración de teorías causales. 4. Responsabilidad proporcional y teoría de la prueba. A) El modelo cognocitvista de fijación judicial de los hechos. B) La supuesta presunción “*iuris tantum*” de causalidad. 5. Consideraciones finales.

1. PLANTEAMIENTO

Dentro de la responsabilidad por daños (contractual y extracontractual; de los particulares y de la Administración), la teoría general de la causalidad (en combinación con la dogmática general en materia de prueba) obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente dañoso, cuando, ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar un nexo causal dudoso y ordena la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene ese estándar ordinario y libera de toda responsabilidad al agente (posiblemente) dañoso. Frente a este planteamiento, la teoría

de la *chance* distribuye el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la probabilidad de que fuera autor del menoscabo; y la víctima obtiene sólo una indemnización parcial acomodada a la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el daño de no haber mediado el hecho lesivo. De este modo, se brinda una solución equilibrada que pretende acomodarse a una sensibilidad justicial a la que repugna que se exonere al agente (posiblemente) dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado. Frente a la regla clásica del *todo o nada*, se afirma así una pauta de *ni todo ni nada*, es decir, un criterio de responsabilidad propor-

cional en cuya virtud 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. Es el sistema que, por ejemplo, ante la incógnita del resultado de un tratamiento médico adecuado que no pudo llevarse a cabo con anterioridad por un error de diagnóstico, consigue que la víctima obtenga una reparación sin que el médico peche enteramente con unas consecuencias perjudiciales que habrían podido acontecer en todo caso.

Esta nueva construcción plantea, al menos, dos problemas de enorme enjundia. El primero es su *fundamento jurídico*, es decir, las razones por las que puede afirmarse que hoy el Derecho español de daños ha establecido esta solución jurídica 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, el daño no se hubiera producido. El segundo es la delimitación del *ámbito de aplicación* de esta doctrina, esto es, la determinación de los casos de incertidumbre causal que siguen rigiéndose por la regla del todo o nada y de aquéllos a los que debe aplicarse la nueva regla de responsabilidad proporcional. La profesora Marina Gascón se ha centrado en la primera cuestión sin rehuir enteramente la segunda en el excelente comentario crítico que realiza a mi libro *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007. Su tesis es muy original hasta el punto de que, en cierto modo, viene a añadir un nuevo filón de razonamientos al ya rico bagaje de teorías formuladas para justificar la doctrina de la pérdida de oportunidad.

El variado conjunto de construcciones expresadas (dentro y fuera de España) para fundamentar la teoría de la pérdida de oportunidad se apoya siempre en la teoría de la responsabilidad civil, aunque fijándose en diferentes segmentos: Un subgrupo se mueve en la teoría del daño (teorías ontológicas) y el otro en la teoría

de la causalidad (teorías de la causalidad probabilística). La tesis de Gascón Abellán representa una explicación alternativa que pretende conseguir el mismo resultado (justificar la teoría de la pérdida de oportunidad) apoyándose, no tanto en la dogmática de la responsabilidad, como en la teoría de la prueba y, muy en particular, en el modelo “cognocitivist” de fijación judicial de los hechos. Se trata de un planteamiento del que discrepo en parte, pero que, a mi modo de ver, aporta un conjunto de reflexiones muy útiles y sugerentes en un momento crucial para el devenir de la teoría de la pérdida de oportunidad en España: Últimamente, el Tribunal Supremo y los máximos órganos consultivos estatal y autonómicos están mostrándose proclives a la aplicación de la teoría fuera del círculo estricto de supuestos que plantea la responsabilidad de profesionales forenses, aunque, por lo general, sin demasiado rigor.

2. RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL Y TEORÍA DEL DAÑO

A mi juicio, la teoría de la pérdida de oportunidad se enfrenta derechamente a la teoría de la causalidad y a los preceptos sobre los que ésta se ha edificado; en España, los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, para la responsabilidad contractual y extracontractual de los particulares, y 139 de la Ley 30/1992, para la responsabilidad de las Administraciones públicas. Estos preceptos presuponen la prueba del nexo etiológico; que sin ella no puede surgir la obligación de indemnizar, y, por tal razón, la responsabilidad (parcial o proporcional) por una causalidad sólo posible parece incompatible con ellos. Tanto en España como en los ordenamientos de nuestro entorno, doctrina y jurisprudencia han camuflado este dato a través de variados expedientes: para justificar el otorgamiento de indemnizaciones parciales en supuestos de falta de prueba patente del nexo causal, acuden a artificios con que afirmar su compatibilidad con la concep-

ción tradicional de la causa. Afirman que, en los casos en que 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 los Estados Unidos) o sufre un daño moral (teoría ontológica del perjuicio personal, aplicada en Francia y, sobre todo, en España). Bajo esta perspectiva, el daño indemnizado es, no el daño final incierto, sino la posibilidad de evitarlo, configurado como un daño *a se stante* de carácter económico o personal. De este modo, la teoría del daño proporciona cobertura para la indemnización en supuestos de incertidumbre causal insalvable.

Se trata de construcciones doctrinales que no resisten un análisis crítico y cuyo único sentido es proporcionar la protección que se estima debida, pero sin cuestionar el concepto tradicional de causa. Tales construcciones hacen depender la existencia de un daño emergente (económico o personal) 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 de naturaleza patrimonial o moral, pero si, en el mismo caso, nuevos datos determinan que tal probabilidad sea, en realidad, muy alta o muy baja, ese bien desaparece “misteriosamente” para afirmarse o negarse la existencia del nexo causal (y, por tanto, conceder o denegar la reparación total). Por eso las teorías ontológicas constituyen *ficciones en sentido estricto*: A su través, se pretende innovar, sin que lo parezca, esto es, “rectificar el Derecho existente, pero sin decirlo, haciendo creer y haciendo como si lo creyera uno mismo que se aplican las normas que de antiguo vienen dadas”²⁰, todo ello adoptando como verdadero algo que es enteramente falso: que, cuando fracasa la prueba del nexo causal, pero el juicio valorativo arroja una probabilidad no desdeñable, la víctima sufre la pérdida de un bien distinto, esto es, la pérdida (segura) de la posibilidad de evitar el daño final (incierto)²¹. Se trata de una ficción

que no puede aceptarse técnicamente, pero hay que admitir que gracias a ella la responsabilidad parcial por causalidades sólo posibles constituye una realidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. El conflicto entre la dogmática tradicional (que impone el todo o nada) y la sensibilidad justicial (a la que repugna esta solución en algunos supuestos de incertidumbre causal) se ha resuelto a favor de ésta última a través de las teorías ontológicas. Es tal el arraigo de estas últimas, que la denominación misma del expediente examinado (teoría de la *pérdida de oportunidad*) sugiere la existencia de *chances* u *oportunidades* como bienes de la realidad cuya pérdida reclama una reparación. Tan es así que, en los últimos años, asistimos en España a un fenómeno de aplicación creciente de la teoría de la pérdida de oportunidad que sigue enteramente basado en la idea de que el objeto de la reparación es, no el daño incierto, sino la pérdida de la posibilidad de evitarlo²². El problema es que este modo de proceder, al ocultar el problema de fondo, impide la discusión abierta en torno al alcance que puede reputarse como adecuado o idóneo para la responsabilidad sin causa (suficientemente) acreditada dentro del Derecho español de daños. Por eso creo que es hora ya de llamar las cosas por su nombre y situar la teoría de la pérdida de oportunidad donde le corresponde: en la teoría de la causalidad, como subsistema de imputación probabilístico que funciona al lado del clásico y general de *todo o nada*²³. Sólo así puede plantearse en serio el debate en torno al campo operativo que debe corresponder a cada uno de los dos subsistemas.

La profesora Gascón Abellán se muestra crítica con las teorías ontológicas cuando rechaza la construcción que “*finje* que el daño producido es, no el que ha dado origen al conflicto, sino el consistente en la pérdida de la oportunidad de que aquél se produjera”. Sin embargo, algunos de los pasajes de su excelente comentario crítico pueden interpretarse como concesiones a las teorías ontológicas. El más evidente es, quizá, el incluido en la nota

11: “cuando la TOP se aplica a otros ámbitos donde el daño producido es propiamente la pérdida de una oportunidad de conseguir una ventaja, no sólo no instaura una ficción sino tampoco una presunción probatoria. Así sucede, por ejemplo, cuando se solicita la declaración de responsabilidad del abogado que, por no haber interpuesto en tiempo un recurso mediante el que se pretendía una indemnización, ha hecho perder a su cliente la oportunidad de haber ganado el recurso y con ello la indemnización pretendida. No parece forzado sostener que en estos casos el *daño real producido es justamente la pérdida de la oportunidad* de interponer el recurso para obtener una resolución satisfactoria, y no la *indemnización que hubiera obtenido con una resolución satisfactoria*, que ni existe ni es seguro que llegara a existir. De modo que, en este caso, acreditar que había una oportunidad real y sería de obtener una ventaja es exactamente probar (directamente y no mediante una presunción) el nexo causal del que deriva la responsabilidad del abogado”.

Estoy de acuerdo en que un abogado, *siempre* que olvida recurrir la sentencia desfavorable para los intereses de su cliente, produce un daño moral, por frustración de aspiraciones de defensa. Pero la reparación de este daño no debe encauzarse a través de la doctrina de la pérdida de oportunidad: Constituye la lesión de un bien de la personalidad que debe indemnizarse con independencia de la mayor o menor probabilidad de victoria en el proceso que no fue. Por eso, junto a la compensación de este daño moral, puede 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 el umbral (máximo) de certeza (doctrina causal clásica: *todo o nada*); o parcial si supera sólo un umbral (mínimo) de seriedad (doctrina de la pérdida de oportunidad: *ni todo ni nada*). Es la solución que, a mi modo de ver, debería aplicarse en otros casos, como los de ausencia de consentimiento informado: La falta de información sobre los riesgos apa-

rejados a una intervención o tratamiento genera un daño moral sustanciado en la lesión del derecho del paciente a autodeterminarse; y si resulta, además, que es posible que el paciente hubiera rechazado el tratamiento en que esos riesgos se desencadenaron efectivamente, procedería reparar también (total o parcialmente, según se supere el umbral máximo de certeza o el mínimo de seriedad) las lesiones físicas producidas. Así las cosas, la reparación del atentado al derecho de defensa del particular o a su capacidad de autodeterminación no se encauza a través de la teoría de la pérdida de oportunidad ni implica la validez parcial de las teorías ontológicas. Discrepo, consecuentemente, en este punto.

La profesora de la Universidad de Castilla-La Mancha realiza una segunda concesión a las teorías ontológicas cuando afirma que la doctrina de la pérdida de oportunidad puede interpretarse como una presunción legal *ius tantum de causalidad* en la que el hecho base es: “1) había una oportunidad real y sería de evitar el daño; y 2) esa oportunidad se perdió a causa del comportamiento del agente”; y la consecuencia jurídica derivada es que “debe presumirse que (o sea, debe actuarse ‘como si’ estuviera probado que) el comportamiento del agente causó el daño; es decir, *debe imputarse responsabilidad al agente y reconocerse una indemnización*”. Este planteamiento presupone, a mi juicio, una noción sustantivada de oportunidad como bien en sí mismo, cuya pérdida puede distinguirse conceptualmente de la ventaja a la que tal oportunidad se orienta teleológicamente. En definitiva, parece admitir, en consonancia con las teorías ontológicas, que una cosa es la pérdida de una posibilidad de curación que sacrifica el médico negligente que diagnostica erróneamente la enfermedad y otra el menoscabo fisiológico que, quizá, habría podido evitarse con un tratamiento adecuado y tempestivo; que una cosa es la pérdida de una posibilidad de victoria que sacrifica el abogado negligente que no interpone el recurso; y otra la pérdida del beneficio (normalmente patrimonial) que habría podido conseguirse con una sentencia

favorable. En efecto, Gascón Abellán distingue dos causalidades, la que liga el hecho ilícito con el daño final incierto (consecuencia jurídica) y la que vincula el hecho ilícito con la pérdida de la posibilidad de evitarlo (hecho base). Conforme a su planteamiento, la afirmación de la segunda pasa por apreciar la existencia de la primera. Pero, según hemos razonado ya, no puede admitirse lógicamente la existencia de la pérdida de una oportunidad como un daño autónomo. La *chance* como bien (personal o patrimonial) no existe; es sólo el artificio al que acuden las teorías ontológicas para ocultar la quiebra del dogma causal que supone la reparación parcial de un daño incierto (pero de causalidad posible). De este modo, la formulación de Gascón Abellán constituye una concesión difícilmente aceptable a las teorías ontológicas o una tautología. Porque, si admitiéramos que la profesora castellano-manchega parte de que la única causalidad posible es la referida al daño *real*, resultaría que el hecho base del que la norma extraería la conclusión probatoria sería el mismo que el hecho resultante incluido en la consecuencia jurídica. Se trataría de una presunción de causalidad que exigiría la prueba de la causalidad, lo que constituye una posición lógicamente inconsistente. Hay, no obstante, una lectura alternativa de la posición defendida por Gascón Abellán que deja de sustantivar el concepto de oportunidad sin incurrir en argumentos tautológicos. Conforme a ella, el hecho base del esquema presuntivo propuesto sería, simplemente, la prueba de que había una probabilidad no desdeñable de causalidad, que supera el estándar mínimo de seriedad sin alcanzar el nivel máximo de certeza. Según esta relectura, el Derecho asociaría a esta prueba la consecuencia de que debe actuarse como si la causalidad estuviera demostrada (es decir, como si la probabilidad causal hubiera superado el umbral de certidumbre). Pero tampoco acaba de convencerme esta explicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, según razono después.

3. RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL Y TEORÍA DE LA CAUSALIDAD

A) LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA

A mi juicio, al menos en el Derecho español, pueden evitarse las ficciones que, en la actualidad, sostienen la mayor parte de los autores y juzgadores para encubrir que la teoría de la *chance* se enfrenta a la teoría general de la causalidad. Basta fijarse en las normas en que está consagrada y constatar que allí no se dice que procede indemnizar a la víctima que sólo acredita una causalidad simplemente posible porque sufre un daño moral o porque pierde una cosa integrada previamente en su patrimonio jurídico (art. 2.7 Directiva 92/13/CE²⁴; art. 112 Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales²⁵, que reitera el contenido del artículo 63 de la derogada Ley 48/1998; art. 213 de Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos²⁶; también determinados textos *soft law*: art. 7.4.3 Principios UNIDROIT²⁷; art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos²⁸; y las Leyes reguladoras de responsabilidad por daño causado por miembro indeterminado de grupo²⁹). Tales normas quieren, sencillamente, que en los supuestos de hecho tomados en consideración surja la responsabilidad, aunque no pueda reputarse alta la probabilidad de que, sin la acción ilícita (o con la conducta debida omitida), el daño dejara de producirse. De este modo, esas reglas establecen 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 radicado en la alta probabilidad. Se trata de un *régimen especial de imputación probabilística* que da entrada a la virtualidad de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual sin negarle ficticiamente esta calidad. Planteada así la cuestión en el Derecho español, la dificultad es concretar hasta qué punto el recurso

a la analogía permite aumentar el inicialmente estrecho campo aplicativo de la doctrina de la oportunidad perdida y la concepción causal probabilística que lleva incorporada. El problema consiste, pues, en determinar si (y hasta qué punto) cabe proyectar el principio de causalidad probabilística que la Ley ha sancionado para un caso a supuestos imprevistos en que resulta igualmente imposible conseguir el grado de certeza que de ordinario es preciso para tener por cierto el hecho causal y ordenar la reparación total de perjuicio ocasionado.

Desde luego, facilitaría la labor del intérprete una reforma legal que estableciera con carácter general los supuestos en que procede brindar indemnizaciones parciales ante causalidades sólo posibles. A tal efecto, deberían ponderarse los resultados que arroja el análisis económico del Derecho, tanto a favor como en contra de un sistema de responsabilidad proporcional o probabilística³⁰. Pero las reformas que se proyecten de ninguna manera pueden basarse exclusivamente en parámetros de eficiencia económica y prevención. La proliferación y consolidación de mecanismos de facilitación probatoria y técnicas de reparación proporcional en ausencia de prueba del nexo causal tienen que ver fundamentalmente, en realidad, con algo tan relevante como evanescente y difícilmente mensurable: la transformación de la sensibilidad judicial, que ya no tolera que sólo la causalidad cumplidamente acreditada encienda la mecánica de la responsabilidad. Y es que, tal sensibilidad, encauzada a través de pronunciamientos jurisprudenciales, estudios doctrinales y medidas legislativas, obliga a admitir que, de la misma manera que la causalidad perfectamente demostrada genera una responsabilidad “total” por el daño causado, la simplemente posible puede en algunos casos generar una responsabilidad “parcial” por la posibilidad del daño causado³¹. En lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, debe reconocerse que la teoría de la *chance* ilumina una regla de responsabilidad proporcional en virtud de la cual el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó³².

Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que prohija las ideas de “causalidad sospechada”, “causalidad probabilística”, “porcentajes de causalidad”, “causalidad de proporciones” o “causación probable”, ligadas a las de “reparación proporcional” o “responsabilidad parcial”. Por eso no parece exagerado afirmar que esta severa transformación expresa un cambio de paradigma en sentido técnico.

Este planteamiento no acaba de convencer a la profesora Marina Gascón Abellán. Señala, en primer lugar, que el problema de la doctrina de la pérdida de oportunidad es más un problema de *prueba* que de *causalidad*. En definitiva, que el cambio de paradigma va referido, no tanto a las concepciones causales particulares como a las concepciones probatorias generales. Y esgrime, en segundo lugar, que mi tesis no alcanza a explicar la manera en que funciona la teoría de la pérdida de oportunidad: de mi planteamiento parece colegirse que puede darse por acreditada sin fundamento empírico alguno la existencia del nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño producido; es decir, que puede actuar *contraepistemológicamente*; y esto no es verdaderamente así: “La TOP ... tiene un fundamento empírico: presupone —podría decirse— que el grado de probabilidad de que el comportamiento del agente haya sido la causa del daño es *directamente proporcional* al grado de probabilidad de haber evitado el daño e *inversamente proporcional* al grado de probabilidad de que el daño se haya debido a otras causas”.

El primer argumento expresa, sintéticamente, el núcleo del pensamiento de la profesora castellano-mancheña en relación con la doctrina de la pérdida de oportunidad, y a él me referiré con más detenimiento después. En todo caso, desde ya admito parcialmente la excepción. La expresión de mi planteamiento puede conducir a la tesis completamente equivocada de que hay un *nuevo* sistema causal que sustituye por completo al *viejo*; que el sistema de imputación probabilística arrumba con el modelo causal tradicional de todo o nada. Y no es así en absoluto. Hay un cambio de para-

digma porque hay la alteración radical de nuestras convicciones tradicionales en materia de causalidad. Pero el efecto no es la sustitución de un sistema por otro, sino la complicación y el enriquecimiento de nuestros modelos de imputación causal. El *todo o nada* (la responsabilidad total ante probabilidades causales que superan un determinado estándar máximo de certidumbre) sigue siendo una regla elemental aplicable en la generalidad de los supuestos. Pero, en la actualidad, rige *también* otro sistema de *ni todo ni nada* (responsabilidad parcial ante probabilidades causales que sólo superan un determinado estándar mínimo de seriedad) para algunos casos de incertidumbre causal. Es más, aunque ambos sistemas son evidentemente diferentes, no puede desconocerse su sustrato común: en ambos casos la afirmación de la responsabilidad (total o parcial) se basa en una indagación racional acerca de la verdad del hecho causal. Por eso estoy completamente de acuerdo con la profesora Gascón en que la responsabilidad proporcional a que conduce la teoría de la pérdida de oportunidad tiene siempre un riguroso fundamento causal empírico. Lo que ocurre es que no creo que una teoría de la causalidad probabilística como la que sostengo conduzca a actuar contraepistemológicamente. Al contrario, expresa a las claras la necesidad de que el juicio de valoración racional en torno a la existencia del nexo causal se realice efectivamente³³.

En efecto, tanto la teoría causal tradicional (y su corolario del *todo o nada*) como la teoría de la pérdida de oportunidad (y su efecto del *ni todo ni nada*) se basan en el cálculo (estimativo y, normalmente, lógico-inductivo) de la probabilidad. En el primer caso, la afirmación o la negación del nexo causal depende de un juicio de aceptabilidad enderezado a determinar si la probabilidad causal alcanza o no en el caso concreto un determinado umbral de certeza: el 50%, en el Derecho angloamericano en virtud del criterio *more probable than not*; y en torno al 75% en el Derecho europeo continental (y, según creo, en el hispanoamericano) en razón de la máxima *id quod plerumque accidit*. Bajo este planteamiento, si las probabilidad-

des causales alcanzan el dintel de certidumbre, se tiene por cierto el hecho causal y se brinda una reparación total; si, en cambio, no llegan a esa cifra, se niega su existencia y, con ello, se libera por completo al agente (posiblemente) dañoso. Así, pues, la teoría general de la causalidad se apoya en un juicio de verosimilitud encaminado a concretar la probabilidad de que, sin la intervención del hecho ilícito, el daño no se hubiera padecido. La respuesta resarcitoria del régimen alternativo establecido a través de la doctrina de la *chance* se basa igualmente en un juicio probabilístico encaminado a establecer el grado de verdad del hecho causal. Por eso conduce a la afirmación de causalidades posibles dotadas de fundamento empírico. La diferencia es que tal respuesta no depende ya de que la probabilidad causal pueda reputarse suficiente ni implica que el perjudicado obtenga todo o nada. Hallado el grado de probabilidad en el caso concreto, si es serio o apreciable, se proyecta sin más sobre la indemnización para afirmar una responsabilidad parcial basada en una causalidad sólo posible, y a la que no se niega ficticiamente esta calidad; la doctrina de la pérdida de oportunidad se vale de esa misma valoración probabilística; sólo que, si la probabilidad resultante supera un nivel (mínimo) de seriedad sin llegar a alcanzar el estándar (máximo) de certidumbre, impone una responsabilidad parcial, proporcionada a esa probabilidad. Por eso, cuando la teoría de la oportunidad perdida resulta aplicable, la decisión final es, simplemente, el resultado de proyectar el porcentaje calculado de probabilidad sobre el valor total del daño, que proporciona la medida exacta de la causalidad parcial que liga el hecho ilícito con el daño y el preciso alcance tanto de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado como de la responsabilidad a que queda sujeto el agente (posiblemente) dañoso.

En este orden de ideas, la evolución del elemento causal recuerda a la padecida por el elemento subjetivo. El paradigma clásico de la responsabilidad civil era un modelo *monocéntrico*, que no admitía otro factor de imputación que la culpa. La alteración radical del modelo,

fruto de la evolución desde un sistema de rai-gambre penal (preventivo-punitivo) hacia otro basado en la exclusiva función resarcitoria de la indemnización, ha obligado a reconocer el juego de otros títulos de imputación distintos de la culpa (riesgo creado, sacrificio especial, incumplimiento). Pero esta evolución no ha supuesto 1) la preterición de la culpa como criterio de imputación, que sigue empleándose en la inmensa mayoría de los supuestos de responsabilidad civil; 2) ni, por supuesto, la erradicación de la exigencia de un título de imputación, esto es, de una buena razón que, sumada a la existencia del daño y del vínculo causal, justifique el surgimiento del crédito resarcitorio. Pues bien, el modelo causal tradicional es, asimismo, un sistema *monocéntrico* que sólo admite un sistema (de afirmación o negación del nexo causal, con afirmación o negación consecuente de la reparación total). Pero el surgimiento de la teoría de la pérdida de oportunidad (y de otros expedientes asimilables) está complicando y enriqueciendo ese modelo de imputación causal, transformándolo en un sistema *policéntrico*. Pero, también en este caso, 1) la afirmación de un sistema de causalidad probabilística no implica la preterición radical del viejo sistema, que sigue valiendo para la mayor parte de los casos; 2) ni, por supuesto, elimina la elemental exigencia de que las condenas de responsabilidad civil descansen *siempre* en una indagación seria y racional en torno a la verdad del hecho causal.

Así pues, tanto la culpa como la causalidad han sufrido o están sufriendo relevantes transformaciones catalogables como auténticos cambios de paradigma. Pero la dimensión del cambio no llega al punto de prescindir en absoluto de cada uno de los elementos del viejo sistema. Hay un buen número de constantes. Por eso, tan en contra estoy de los planteamientos panobjetivistas favorables a un entendimiento de que la responsabilidad civil se basa exclusivamente en la existencia de un daño y de un vínculo causal, sin que cobre relevancia alguna la culpa ni cualquier otro título de imputación (planteamiento todavía dominante en el Derecho español de la responsabilidad

patrimonial de las Administraciones públicas); como de las doctrinas que separan por completo el concepto de causa de la idea de verdad (entendida como grado de correspondencia), para transformarlo en una técnica al exclusivo servicio de la justicia preventiva o distributiva (construcciones norteamericanas que afirman la existencia del nexo causal, no tanto porque haya una probabilidad —mayor o menor— de que el sujeto agente produjera efectivamente la lesión, sino, simplemente, porque se estima que de este modo se previenen más accidentes o se distribuyen mejor los recursos disponibles).

B) LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL COMO EXPRESIÓN DE UNA METODOLOGÍA RENOVADA DE ELABORACIÓN DE TEORÍAS CAUSALES

La circunstancia de que, en la actualidad, goce de particular predicamento la doctrina de la pérdida de oportunidad (y otras que, como la responsabilidad por cuota de mercado o por daño causado por miembro indeterminado de grupo, persiguen idénticos fines: proporcionar tutela en casos en que no es patente la presencia del vínculo causal, reconociendo el derecho a una indemnización acomodada a la probabilidad de que el sujeto agente fuera responsable) revela un cambio de actitud o percepción del problema de la causalidad. El debate causal tradicional ha estado (y sigue aún en gran parte) dominado por teorías como la de la imputación objetiva y sus predecesoras (de la causa próxima, eficiente y adecuada), formuladas con la intención de recortar las potencialidades aplicativas de un sistema que, de basarse en la estricta realidad causal, se creía carente de todo límite. En cambio, la doctrina de la oportunidad perdida se formula para ampliar esas potencialidades aplicativas porque se advierte que hay casos en que resulta injusto condicionar el surgimiento del crédito resarcitorio a la prueba fehaciente (suficiente) del lazo causal.

Cierto es que la percepción de que el elemento causal es un problema y de que la teoría de la *condicio sine qua non* no lo resuelve satisfactoriamente constituye una constante en todos los estudios de responsabilidad civil. Ahora bien, si, tradicionalmente, la causalidad se ha considerado problemática porque se temía que, a través de ella, pudieran multiplicarse exponencialmente las demandas de responsabilidad civil, ahora se ve de la misma manera, pero, en gran medida, porque empieza a constatar que con ella está llegándose al resultado exactamente contrario: el peligro de una sistemática exoneración de responsables debida a la dificultad de acreditar el nexo causal natural. Por lo menos en algunos sectores (actividades sanitarias, legales e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos, concursos y oposiciones), se aprecia cómo los teóricos del Derecho de daños y la propia jurisprudencia han empezado a dirigir sus esfuerzos en otro sentido, movidos por un espíritu de ampliación más que de restricción; y ello obedece, quizá, al convencimiento de que demostrar la causalidad no es sencillo en absoluto. Se está tomado conciencia de que el juzgador no accede directamente a los hechos; de que llega a ellos a través de una percepción que, inevitablemente contaminada por la subjetividad, la imperfección del conocimiento empírico, las limitaciones inherentes al proceso y las dificultades del caso enjuiciado, sólo puede expresarse en términos de probabilidad. Se está abandonando, en definitiva, la clásica actitud del jurista acerca de los hechos, consistente en dar por descontado que el proceso puede asegurar su verdad. Por eso, se constata, primero, que, en determinados casos, la exigencia de la prueba de la causalidad, lejos de incrementar exageradamente el círculo de responsables, lo suprime totalmente; y se proponen, después, doctrinas y teorías que tratan de proporcionar tutela aunque falte la prueba (o la alta probabilidad) del nexo causal.

Y es que el debate causal tradicional —en el que se insertan aún las modernas reflexiones en torno a la doctrina de la imputación objetiva— ha girado en torno a una serie de proble-

mas que no se plantean en la inmensa mayoría de los casos de responsabilidad por daños: la identificación de pautas de negación de relevancia jurídica a causalidades demostradas. De ahí que se haya denunciado la desproporción desmesurada entre la enorme cantidad de literatura jurídica dedicada a la cuestión, sobre todo en el ordenamiento alemán —aunque también en el norteamericano—, y su relativa importancia práctica. Por eso, se dice, los juristas franceses a menudo parafrasean las palabras de Voltaire relativas a la existencia de Dios y afirman que, si no existiera la causalidad, los alemanes la habrían inventado para tener algo con lo que ejercitar sus mentes³⁴. Dejando a un lado la provocación, lo cierto es que las cuestiones causales a las que se enfrentan nuestros jueces y tribunales no suelen tener que ver con la doctrina de la causalidad adecuada o la teoría de la imputación objetiva, esto es, con la necesidad de encontrar un criterio de “restricción” para negar relevancia jurídica a una causa física probada. Son mucho más frecuentes las sentencias que encaran la dificultad de valorar el dato fáctico de la causalidad, debiendo realizar un juicio en torno a qué habría ocurrido sin la intervención del hecho ilícito en situaciones de precariedad informativa.

Parece así que la transformación que expresa la doctrina de la pérdida de oportunidad es muy profunda: alcanza al método mismo con que, hasta ahora, han ido elaborándose los planteamientos causales. De manera sintética y muy simplificada puede afirmarse que las viejas teorías causales (causalidad próxima, adecuada, eficiente; imputación objetiva) son fruto de un “pensamiento dogmático” que pone el acento en la construcción de un sistema y que, al efecto, se fija en casos (muchas veces de laboratorio³⁵) que ponen a prueba las teorías esbozadas. Y, en cambio, los nuevos planteamientos de la causalidad fáctica (la pérdida de oportunidad y otros, como la responsabilidad por causa anónima o la responsabilidad por cuota de mercado) son expresión de un “pensamiento problemático” que coloca ese acento en el caso con el único fin de solucionarlo, sin la pretensión de perfeccionar una construcción

sistemática acabada. El fin perseguido con los viejos planteamientos es, prevalentemente, la construcción de una buena teoría, y, al efecto, opera una selección de problemas. Sin embargo, para los nuevos, el objetivo es la solución de problemas y, al efecto, opera una selección de teorías. Las doctrinas causales clásicas se han construido desde la dogmática y sientan criterios con que resolver una serie de casos que a menudo carecen de trascendencia jurisprudencial. Las nuevas se están elaborando a partir de problemas reales, presentes en la actividad diaria de los tribunales, proporcionando criterios para resolverlos. Parece, en definitiva, que, en la actualidad, el método *dogmático* (de arriba abajo) está siendo progresivamente desplazado por el método *tópico* (de abajo a arriba) a la hora de estructurar la reflexión teórica sobre la relación de causalidad³⁶.

4. RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL Y TEORÍA DE LA PRUEBA

A) EL MODELO COGNOSCITIVISTA DE FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS

Según he apuntado ya, la originalidad del planteamiento de Gascón Abellán radica, básicamente, en que trata de fundar la teoría de la pérdida de oportunidad directamente en la dogmática de la prueba, sin descender al instituto de la responsabilidad civil ni, por tanto, a su teoría causal. La clave de la fundamentación técnica de la teoría de la pérdida de oportunidad radica, a su juicio, en el rechazo de la concepción demostrativa de la prueba según la cual sólo hay responsabilidad si la relación causal está *completamente* acreditada. Es justamente la revisión de este modelo y la afirmación consecuente de un juicio al hecho basado en la probabilidad lo que permite entender y fundar la doctrina de la pérdida de oportunidad. De ahí que, a su modo de ver, el cambio de paradigma vaya referido, más a las concepciones probatorias que a las causales: “La TOP

exige la apertura de los tribunales a una epistemología más racional y crítica de la prueba; y de hecho la aplicación de esta doctrina ha corrido paralela a la apertura comentada”. Por eso la autora critica mis planteamientos, orientados a la revisión, no sólo de aquella concepción demostrativa de la prueba, sino también de la teoría de la causalidad en materia de responsabilidad civil. En su opinión, la incompatibilidad entre la teoría causal tradicional y la doctrina de la pérdida de oportunidad no es tal; “no es necesario recurrir a una nueva teoría de la causalidad probabilística alternativa a la teoría tradicional. Tan sólo es necesario superar la acrítica epistemología aún imperante en el ámbito jurídico que, no tomando nota de la falibilidad e imperfección de nuestro conocimiento del mundo ni en consecuencia del carácter meramente probabilístico de nuestras afirmaciones sobre el mismo, actúa como si la certeza se alcanzara totalmente o no se alcanzara en absoluto”.

Comparto las razones de fondo de la autora, pues me adscribo al modelo cognocitivistista de fijación judicial de los hechos que ella ha desarrollado magníficamente en múltiples contribuciones y, entre ellas, fundamentalmente, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999 (hay segunda edición de 2004). Tanto es así que, buena parte de mi pensamiento sobre la teoría de la pérdida de oportunidad está influido por sus trabajos, pues proporcionan una más amplia perspectiva con que abordar el problema de la prueba del nexo causal. Por eso estoy por completo de acuerdo en que un entendimiento cabal de la pérdida de oportunidad sólo es posible a través de un modelo probatorio que supere tanto el subjetivismo radical como la pretensión de que los hechos fijados en el proceso sean sólo los acreditados con absoluta certeza: Sólo al tomar conciencia de que “en la Tierra la verdad es una cuestión de grado”³⁷ puede entenderse una doctrina como la de la pérdida de oportunidad, que establece una respuesta resarcitoria cuando el grado de verdad del hecho causal es sólo intermedio, ni bajo ni alto. Entiendo, incluso, que el problema apremiante no es extender la

aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, sino consolidar una cultura probatoria de argumentación racional que dé cuenta en las sentencias de las razones lógicas (contrastables) por las que se estima verosímil o probable (y, por tanto, cierta) la existencia o inexistencia del nexo causal: Por encima de la injusticia a que a veces conduce el *todo o nada* está la de que se hurte a los ciudadanos un juicio razonado de probabilidad en torno a los elementos conducentes a las conclusiones probatorias³⁸. En este sentido, se vislumbra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y en los dictámenes de los Consejos Consultivos) una peligrosa tendencia a utilizar la teoría de la pérdida de oportunidad para rebajar indemnizaciones que, en rigor, deberían ser totales porque los elementos de juicio disponibles permiten afirmar la existencia de un alto grado de probabilidad causal. Parece, en definitiva, que está generalizándose una tendencia que, en lugar de admitir la imperfección del conocimiento empírico para conformarse con una alta probabilidad a la hora de tener por cierto el vínculo etiológico, aplica la teoría de la pérdida de oportunidad para mantenerse adscrita a la corriente tradicional de exigencia de la absoluta certeza³⁹. Por todo ello, valoro muy positivamente el esfuerzo de Gascón Abellán por proyectar sus estupendas construcciones en materia de prueba sobre el terreno de la responsabilidad civil: Al poner el énfasis en la teoría de la prueba, más que en la de la causalidad, acierta a introducir una serie de elementos de racionalidad que son fundamentales en un contexto como el actual en el que la mayor parte de las sentencias incluyen relatos fácticos inmotivados, aplicando a veces la teoría de la pérdida de oportunidad en supuestos en que hay suficiente prueba del nexo causal⁴⁰.

Ahora bien, una cosa es que la doctrina de la pérdida de oportunidad sea (deba ser) *consecuente* con una teoría (cognocitivist) de la prueba (como sostengo); y otra bien distinta que sea *derivación* de una teoría (cognocitivist) de la prueba (como entiende Marina Gascón). Sin la teoría de la prueba no puede entenderse cabalmente la doctrina de la pérdida de oportunidad, pero la primera no puede por sí

fundamentar la segunda. Un juzgador adscrito al modelo cognocitivist de fijación judicial de los hechos es capaz de afirmar la certeza del nexo causal aunque no tenga la absoluta certeza; puede incluso razonar una rebaja del estándar ordinario de prueba para tener por cierto el nexo causal. Pero, basándose exclusivamente en la teoría de la prueba, no puede ordenar la reparación parcial de un daño incierto, cuando la probabilidad causal sólo supera un estándar mínimo de seriedad. Para ello necesita acudir al Derecho de la responsabilidad civil e indagar si existe una norma que lo autorice. Por eso creo que la teoría general de la prueba no puede por sí dar cuenta del fundamento de la doctrina de la pérdida de oportunidad, por más que ésta sólo pueda entenderse en el marco de aquélla. A tal efecto, es preciso acudir a la teoría general de la causalidad.

Y es que no puede dejar de tomarse en consideración que el *todo o nada* (basado en la existencia o inexistencia de una causalidad natural, real e indivisible) constituye un elemento basilar de la teoría clásica de la causalidad. Por eso su corrección exige una revisión de esa teoría, sin que sea suficiente la alteración de nuestras tradicionales convicciones probatorias. Prueba de ello es que el *todo o nada* constituye un corolario de la dogmática causal tradicional aplicado a problemas que no son probatorios; una dogmática que ha sido igualmente objeto de revisión en estos casos para proporcionar soluciones indemnizatorias equilibradas. Me refiero, en particular, a los casos de concurrencia de causas. La teoría tradicional obligaba a afirmar o negar enteramente la causalidad y, por ende, la responsabilidad, en supuestos en que una fuerza mayor (un hecho externo a la esfera de control del agente dañoso) concurre en la producción del daño. Sin embargo, la evolución legal, jurisprudencial y doctrinal del Derecho de daños ha matizado este planteamiento, introduciendo una regla de causalidad parcial que conduce al libramiento de indemnizaciones proporcionales de las que se descuenta el cupo de causalidad correspondiente a la fuerza mayor interviniente. Así, en particular, cuando tal fuerza mayor tiene origen humano porque la

proporciona la propia víctima (la denominada “culpa de la víctima”) o un tercero (la denominada “intervención de tercero”) ⁴¹. En el primer caso, la moderna teoría causal, con múltiples apoyos en el Derecho positivo, establece una regla de responsabilidad proporcional en cuya virtud el agente dañoso queda obligado al pago de una indemnización de la que se descuenta la cuota de contribución causal aportada por la víctima. En el segundo, rige el criterio general de la solidaridad; todos los cocausantes quedan obligados frente a la víctima a la reparación total del daño padecido, pero en su relación interna funciona la regla de responsabilidad proporcional determinante de que quien abona la indemnización pueda reclamar de los demás la parte correspondiente a su cuota de aportación causal. Todo esto es, a mi juicio, expresión de un nuevo planteamiento causal, opuesto al tradicional con su corolario del todo o nada. Por eso, el entendimiento de las reglas de responsabilidad proporcional establecidas para casos de culpa concursal de la víctima e intervención concurrente de tercero es sólo posible en el marco de una dogmática revisada de la causalidad, sin que la teoría de la prueba tenga nada que decir. Pues bien, la regla de responsabilidad proporcional que impone la doctrina de la pérdida de oportunidad es una expresión más de este nuevo planteamiento y su enorme relación con la teoría de la prueba no debería ocultar que su instauración sólo es posible mediante la revisión de la teoría causal clásica.

B) LA SUPUESTA PRESUNCIÓN “IURIS TANTUM” DE CAUSALIDAD

La posición de Marina Gascón se concreta en que puede entenderse la doctrina de la pérdida de oportunidad partiendo de la teoría de la prueba, como una doble regla, de presunción legal, por un lado, y de cuantificación, por otro. La regla de presunción dispone: “si había una oportunidad real y sería de evitar el daño que se perdió a causa de la actuación incorrecta del agente; y no está probado que el daño se debiera a otras causas; entonces debe presumirse que (o sea *debe actuarse “como si”*

estuviese probado que) el daño fue causado por la actuación incorrecta del agente”. Esta regla se complementa con otra de cuantificación en cuya virtud debe descontarse del valor total del daño padecido una parte proporcional a la probabilidad de que, en verdad, el agente no fuera autor del menoscabo padecido. La autora presta mucha más atención a la regla de presunción que a la de cuantificación. En todo caso, a juicio de la autora, su consideración conjunta permite: 1) conjurar la objeción contraepistemológica; 2) aliviar, cuando no evitar, el esfuerzo por buscar un respaldo legal a la doctrina de la pérdida de oportunidad; 3) visualizar mejor los requisitos de su aplicación, contribuyendo de este modo a combatir la utilización abusiva de la figura. Pero la construcción propuesta puede ser objeto de varios reparos, y, a mi modo de ver: 1) no es la única que conjura la objeción contraepistemológica; 2) no mitiga la necesidad de buscar un respaldo normativo dentro del Derecho daños; y 3) no ayuda a visualizar mejor que la teoría de la causalidad probabilística los requisitos de su aplicación.

A mi juicio, el punto más feble de la tesis de Marina Gascón se halla en la fundamentación técnica de la regla de cuantificación. Me parece evidente que el Derecho de daños, no el Derecho probatorio, es el único que puede establecerla. Por eso, la pretensión de la autora de fundar la teoría de la pérdida de oportunidad en la dogmática probatoria encuentra aquí una importante falla. Me parece que la regla de indemnización proporcional o probabilística constituye el núcleo cardinal de la teoría de la pérdida de oportunidad (su *contenido*); y que sólo una teoría causal revisada puede dar cuenta de ella. Únicamente la moderna teoría causal puede explicar el descuento de “cuotas de incertidumbre” en casos de pérdida de oportunidad, del mismo modo que fundamenta las indemnizaciones minoradas en supuestos de culpa de la víctima e intervención de tercero. Y sería un error reputar el cálculo indemnizatorio como una cuestión menor. Es la actitud clásica de la jurisprudencia y de la academia que, centradas en problemas de culpa y de im-

putación subjetiva, han reputado la cuestión indemnizatoria como un problema de orden exclusivamente fáctico cuya solución queda al arbitrio del juzgador. Pero tan jurídico es cuantificar una indemnización como apreciar la existencia de culpa. Por eso no me parece aceptable una teoría esforzada en fundamentar los presupuestos de aplicación (mediante la regla presuntiva) de la doctrina de la pérdida de oportunidad, dejando huérfano de apoyatura a su elemento crucial (la regla de responsabilidad proporcional).

Pero es que, en mi opinión, no resulta tampoco fácilmente aceptable la justificación de la regla presuntiva. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que su formulación se atiene a un concepto sustantivado (ontológico) de oportunidad perdida que, según hemos visto, debe rechazarse. Por eso entiendo que su formulación más acabada sería: *si resulta acreditada una probabilidad causal que supera un estándar mínimo de seriedad sin superar el máximo de certidumbre; y no está probado que el daño se debiera a otras causas; entonces debe presumirse que (o sea debe actuarse 'como si' estuviese probado que) el daño fue causado por la actuación incorrecta del agente*. Pero esta presunción *legal* no está formulada como tal en las normas que acogen la doctrina de la pérdida de oportunidad, cuya estructura es mucho más sencilla: el supuesto de hecho es la apreciación de la incertidumbre causal (probabilidad causal intermedia que sólo supera el estándar mínimo indicado); y la consecuencia jurídica es el libramiento de una indemnización proporcionada (al grado de probabilidad causal), sin que en ningún momento se obligue al juzgador a afirmar la existencia de causa, sino sólo la posibilidad de su existencia. Y es que, a mi modo de ver, la explicación de la doctrina de la *chance* en términos de presunción legal resulta un tanto forzada. Se trataría, por lo demás, de una presunción legal ciertamente extraña. Las presunciones legales cumplen la función de evitar un juicio de valoración probabilística sobre la verdad de un concreto hecho (cuando se tiene la prueba del hecho base); pero, en este caso, ese juicio de valoración probabilística debería realizarse

en todo caso. En primer lugar, porque la entrada en juego de la presunción de causalidad presupone el fracaso de la prueba del nexo de causalidad (la inexistencia de una probabilidad *suficiente* porque la efectivamente hallada no supera el estándar máximo de certeza); y, en segundo lugar, porque, para presumir el nexo etiológico, se precisa una probabilidad causal seria, no desdénable, que sobrepase el umbral mínimo de seriedad.

Llegados a este punto, resulta inevitable la comparación entre la construcción de presunciones culpabilísticas como artilugio al que acudían los clásicos para explicar el surgimiento de responsabilidades objetivas sin por ello contradecir el paradigma monista tradicional; y la construcción de presunciones causales, que parece un nuevo expediente para explicar el surgimiento de responsabilidades por etiologías sólo posibles sin por ello contradecir el paradigma clásico de imputación causal. La transformación de la sensibilidad judicial requería el reconocimiento de responsabilidades sin culpa (basadas en otras razones o criterios); y la respuesta inicial fue acudir a la presunción de culpa. Algo parecido puede estar ocurriendo cuando se invocan presunciones causales: El nuevo sistema de responsabilidad civil no encuentra la necesidad de que siempre haya una declaración formal de existencia de causalidad para encender la mecánica resarcitoria; admite casos en que basta una causalidad posible, aunque no alcance el umbral de certeza; no exige ya, para afirmar la responsabilidad, que se diga que el médico causó la muerte del enfermo al diagnosticarle tardíamente la patología, si la probabilidad de que lo hiciera no es alta; el sistema afirma a las claras la existencia de una causalidad dudosa y que esas dudas justifican la compartición del peso (económico) del daño entre las dos partes implicadas. Pero se trata de una transformación que los juristas que llevan trabajando durante largo tiempo con las herramientas del viejo modelo no pueden soportar fácilmente. Por eso, su esfuerzo por entrever causalidades jurídicamente afirmadas en estos casos puede ser, me parece, tanto como el intento de la civilística clásica por afirmar de

algún modo culpas en supuestos de responsabilidad objetiva. Pero creo que este modo de proceder, aunque conduce a la postre al mismo resultado resarcitorio, debe superarse. Porque, para un padre diligente que resulta condenado civilmente por las travesuras cometidas por su hijo no es lo mismo que la sentencia diga que responde porque ha educado mal a su hijo o porque no lo ha vigilado adecuadamente (por más que tales negligencias se presuman legalmente); a que declare que responde objetivamente por el riesgo que implica tener y educar a niños, que son de suyo difíciles de controlar. Porque, para el médico que resulta condenado, no es lo mismo que la sentencia diga que responde porque ha causado un daño (por más que tal afirmación se apoye en una presunción legal); a que declare que responde porque hay una incertidumbre causal cuyos efectos patrimoniales debe compartir con la víctima. Me parece, en definitiva, que no es preciso “insultar” a los progenitores ni a los profesionales sanitarios afirmando la existencia de culpa cuando el criterio del riesgo puede fundar por sí la responsabilidad; o la existencia de causalidad cuando la apreciación mera de una probabilidad causal intermedia puede justificar el libramiento de una indemnización parcial⁴².

La primera de las tres ventajas que, según Marina Gascón, proporciona la configuración de la doctrina de la *chance* en clave de presunción legal es la conjura de la objeción contraepistemológica. Esto porque, según dice, la teoría de la pérdida de oportunidad “*no afirma* que esté probado el nexo causal sino sólo que si se dan ciertas circunstancias *debe actuarse “como si”* estuviera probado; es decir, debe imputarse responsabilidad”; y porque “esa imputación no es arbitraria o ficticia: la asimilación entre la prueba de la pérdida de oportunidad de evitar el daño y la prueba del nexo causal sobre la que esa imputación se basa no es claramente falsa o contraepistemológica. La existencia de una oportunidad real y sería de evitar el daño es, al menos, un *indicio* de que con una actuación correcta (o sea, si no se hubiera perdido esa oportunidad) el daño se habría evitado, pues lo que significa una oportunidad *real y sería* es

que ‘no hay razones para pensar que la oportunidad no se hubiera aprovechado’ y que ‘de haberse aprovechado *es probable* que el daño se hubiera evitado’”. Comparto esta observación, sólo que, a mi modo de ver, la teoría de la causalidad probabilística que definiendo produce el mismo efecto. Según he razonado ya, mi explicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que un elemento constante de la teoría de la causalidad, que funciona tanto en el subsistema de *todo o nada* como en el de *ni todo ni nada*, es que las condenas indemnizatorias descansan *siempre* en una indagación seria y racional en torno a la verdad del hecho causal: Si ese “grado de verdad” es alto o suficiente, se aplica el primer subsistema para afirmar el nexo causal y la reparación total; si es simplemente serio, puede aplicarse el segundo para afirmar una causalidad posible y una reparación parcial.

La segunda ventaja de la construcción presuntiva es, según la ilustre profesora, que “permite presentar la TOP como una doctrina legítima aún sin respaldo legal”. No estoy seguro de que esto sea exactamente así. La presunción *legal* se distingue justamente de la presunción *simple*, entre otras cosas, por el dato de que está *legalmente* establecida. No soy partidario de un literalismo incapaz de entrever soluciones normativas distintas de las expresamente previstas. Pero me parece que es mucho decir que la catalogación de la doctrina de la *chance* como presunción legal libera de una indagación de Derecho positivo. Porque una cosa es que la realidad del Derecho de los daños y de los estándares probatorios sea la de un Derecho que suele hacerse primero en las sentencias y en los libros antes que en las Leyes, y otra muy distinta que tal circunstancia exima de investigar hasta qué punto el ordenamiento positivo vigente expresa de algún modo nuestras convicciones doctrinales. En todo caso, la profesora Gascón aporta en este punto un interesante argumento que, aunque no llega a convencerme enteramente de que puede ser superflua o innecesaria la búsqueda de apoyatura *legal* para una presunción *legal* como la propuesta, sí demuestra una legitimidad ma-

yor que los planteamientos causales contraepistemológicos (defendidos por la doctrina norteamericana antes mencionada) y la exigencia inequívoca para estos del acogimiento expreso. Me refiero a la idea de que la presunción legal de causalidad en que se funda la teoría de la pérdida de oportunidad, al tener un “muy serio fundamento empírico”, hace “que se conecte tan fuertemente a la teoría de la prueba que no precise respaldo legislativo para estar justificada”. En todo caso, no estoy muy seguro de que por esta razón la construcción presentada requiera de menores empeños de anclaje normativo que la teoría de la causalidad probabilística. Un problema fundamental que la teoría de la presunción no resuelve es la delimitación de los casos de incertidumbre causal en que procede aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad. Ciertamente, la doctrina contiene una cierta cantidad de elementos delimitadores que permiten excluir de su ámbito operativo los casos que no son de incertidumbre causal estricta (probabilidades causales bajas que no superan el umbral mínimo de seriedad —negación de toda reparación—; y probabilidades causales altas que sobrepasan el umbral máximo de certidumbre —afirmación de la reparación total—)⁴³. Pero si la pérdida de oportunidad es una doctrina con “desmesurada potencialidad aplicativa” es, justamente, porque puede proyectarse virtualmente sobre todo supuesto de incertidumbre causal estricta (y no sólo a los grupos de casos en cuyo seno se ha elaborado la teoría: actividades forenses, sanitarias, deportivas y concursos públicos, fundamentalmente)⁴⁴. Pues bien, me parece que el planteamiento que sostengo, al enfatizar la importancia del anclaje legal de su respuesta resarcitoria, proporciona ciertas bases con que poner coto a la doctrina de la pérdida de oportunidad. Creo, en definitiva, que la extensión analógica de la *ratio* de las normas que establecen responsabilidades sin causa (suficientemente) acreditada, aunque imperfecta e insuficiente, constituye, al menos, un punto de partida. Sin duda, lo deseable es que el legislador introduzca mayores dosis de claridad en este punto (aunque sólo después de tomar en consideración un debate más intenso que el

desarrollado hasta el momento en España; su intervención inmadura puede ser peligrosa, por exceso o por defecto). Pero, por el momento, los concretos preceptos que la establecen y su extensión analógica a otros supuestos constituyen, junto a la caracterización tópica de grupos de casos, el cauce para una definición justa y racional del ámbito operativo de la teoría de la pérdida de oportunidad.

La tercera supuesta ventaja es que el diseño de la doctrina de la *chance* como presunción legal permite visualizar mejor sus requisitos y, con ello, puede atajar más efectivamente su utilización abusiva por exceso (afirmando responsabilidades ante probabilidades causales bajas y despreciables) o por defecto (rebajando responsabilidades ante probabilidades altas que, en rigor, deberían dar lugar a reparaciones totales). Me parece, sin embargo, que la doctrina de la causalidad probabilística visualiza por lo menos con igual claridad tales requisitos, tal como he razonado ya. Al configurar la *incertidumbre causal estricta* como el supuesto de hecho de la norma que prevé la consecuencia jurídica de la reparación proporcional, se captan fácilmente los perfiles aplicativos de la doctrina: Se aplica si hay incertidumbre (probabilidad ni alta ni baja: reparación proporcional); y no, consecuentemente, cuando hay la seguridad (relativa) de que el agente causó el daño (probabilidad alta: reparación total) o de que no pudo ocasionarlo (probabilidad baja: ausencia de reparación). Por lo demás, al configurar la incertidumbre causal como el supuesto de hecho de la norma que establece la consecuencia jurídica de la responsabilidad proporcional pueden obtenerse ulteriores requisitos de los que, quizá, no puede dar fácilmente cuenta el diseño de la teoría de la *chance* en clave de presunción⁴⁵.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Es muy probable que las diferencias de planteamiento que mantengo con la profesora Gascón Abellán obedezcan, en el fondo, a ra-

zones metacientíficas. Yo soy un administrativista estudioso de la responsabilidad por daños que se ha visto abocado a subir a la filosofía jurídica en materia de prueba; y ella es una filósofa experta en materia de prueba que se ha visto abocada a bajar al Derecho de daños. Por eso, al menos hasta cierto punto, es natural mi propensión a resolver el problema de la pérdida de oportunidad apoyándome prevalentemente en la teoría causal de la responsabilidad civil; y la de la profesora Gascón a resolverlo apoyándose prevalentemente en la teoría de la prueba. En todo caso, la mayor parte de nuestras diferencias son de *nomen*, y no de *substantia*: Son abrumadoramente mayoritarios los elementos comunes, quizá porque yo he ido de la mano de la profesora Gascón al acercarme a la teoría de la prueba, y ella ha contactado inicialmente con la doctrina de la pérdida de oportunidad a través de mi libro.

Tales elementos compartidos son, en esencia, los siguientes: 1) el rechazo del *todo o nada* como regla aplicable a *todos* los casos de incertidumbre causal; 2) la aceptación de la doctrina de la pérdida de oportunidad como teoría que proporciona en *algunos* casos una reparación proporcional a la probabilidad causal, cuando ésta supera un umbral mínimo de seriedad sin alcanzar el máximo de certidumbre; 3) la adopción del modelo cognocitivista de fijación judicial de los hechos como referencia para la cabal comprensión de esa doctrina; 4) el rechazo de las teorías ontológicas, que configuran la pérdida de oportunidad como un daño en sí para justificar esa reparación parcial; 5) la insistencia en la necesidad de una valoración racional del daño (con apoyo, en su caso, en las normas del sistema legal de valoración del perjuicio corporal previsto para accidentes de circulación, pero extensible a muchos otros supuestos); y de una valoración racional de la probabilidad causal para la adecuada aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Este último aspecto es, a mi juicio, fundamental: la doctrina de la *chance* se realiza a través de la multiplicación del valor total del daño por el porcentaje de probabilidad causal, y todo el debate teórico en torno a ella queda

completamente oscurecido si no se enfatiza la importancia de estimar ambos factores rigurosamente, mediante la aplicación de reglas jurídicas y de racionalidad. Desgraciadamente, conozco pocos pronunciamientos españoles que se atengan a estos criterios de rigor⁴⁶.

Hay, en fin, un aspecto que estimo vertebral para el cabal entendimiento del moderno debate causal en que, con toda probabilidad, concuerdo con la profesora Gascón, aunque ella no se haya ocupado del mismo en su comentario crítico. Me refiero al rechazo de la tendencia, muy en boga al abrigo de la doctrina de la imputación objetiva, a soslayar la reflexión *jurídica* en torno a la causalidad fáctica bajo el entendimiento de que pertenece al mundo del *ser* y de que, por tanto, su conocimiento sólo es posible a través de las Ciencias naturales. Es el planteamiento que, al separar radicalmente la causalidad de hecho de la causalidad de Derecho, parte de que la averiguación de si una conducta fue condición real y necesaria del menoscabo corresponde al científico natural y que, sólo si su criterio es positivo, debe pronunciarse el jurista, calificando la causa probada como relevante o intrascendente a los efectos de la responsabilidad civil.

La causalidad física no es algo que le venga dado al juzgador. Lejos de ser una cuestión exclusivamente técnica que se resuelve sin más incorporando el criterio de los expertos, es una actividad *jurídica* de ponderación fáctica que, como tal, está sujeta a las reglas que obligan a asegurar, a partir de la información aportada al proceso —incluida, como es natural, la científica o pericial—, que se acepte la hipótesis más verosímil o probable. Valorar qué habría ocurrido, de no haber mediado el hecho ilícito, es, en realidad, un juicio *normativo* que mide el grado de correspondencia de la hipótesis de que el agente causó el daño con la realidad objetiva. El juicio casual es un examen sujeto a criterios de racionalidad destinado a determinar si hubo causalidad para afirmarla como cierta, si la probabilidad de que el hecho ilícito fuera *condicio sine qua non* es alta o suficiente; o para descartarla por incierta, si tal probabilidad es baja o insuficiente. La

exigencia de un juicio o cálculo de probabilidad que calibre el grado de verosimilitud del hecho causal es, pues, una cuestión imbuida de normatividad que, no obstante, pertenece a la teoría de la causalidad física y a la teoría del conocimiento judicial de los hechos, que aportan las (variables) pautas con que apreciar el grado de (correspondencia con la) verdad del lazo etiológico. Es, pues, preciso relativizar la distinción entre *questio facti* y *questio iuris*, porque también la del primer tipo está sujeta a reglas y criterios normativos. Es necesario,

por tanto, atribuir también dignidad jurídica a la teoría de la causalidad física, encaminada a averiguar si el agente causó materialmente el daño. En este sentido, uno de los más relevantes méritos de la doctrina de la pérdida de oportunidad, en cuanto *regulación jurídica* de la incertumbre, es, justamente, mostrar a las claras el carácter normativo del juicio al hecho. En este sentido, la doctrina de la *chance* constituye un argumento más que, sumado a los múltiples que proporciona la obra de Gascón Abellán, demuestra que los hechos son también Derecho.

NOTAS

20. Emilio GÓMEZ ORBANEJA, “Ficciones y conceptos formales en el Derecho”, *Moneda y Crédito*, núm. 128, 1974, editado como libro por Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 25.

21. Las teorías ontológicas construyen una *ficción* en sentido estricto porque inventan un bien que no existe y, con ello, inventan una causalidad igualmente imposible: la que vincula el hecho ilícito con la (pretendida) pérdida de ese bien. Pero, frente a la idea que parece derivarse de algunos pasajes del comentario de la profesora Marina Gascón, no creo que estas teorías realicen una *ficción probatoria* en el sentido de que obliguen a tener por demostrada la causalidad entre el hecho ilícito y el daño real o final (la pérdida de la ventaja de que se trate) incluso cuando tal afirmación carezca de fundamento empírico. No creo, en definitiva, que las teorías ontológicas conduzcan a actuar contraepistemológicamente. La mayor parte de sus exposiciones mantiene inalterado el esquema operativo básico de la doctrina de la *chance*: afirman responsabilidades proporcionadas a probabilidades causales serias, que no sobrepasan el estándar máximo de certidumbre. La condena resarcitoria se apoya, consecuentemente, en un juicio causal que no arroja resultados concluyentes, pero que proporciona un fundamento empírico serio en torno a la verdad del hecho causal. Lo que ocurre es que las teorías ontológicas, a la hora de justificar esta solución, en lugar de reconocer que el objeto de la reparación (parcial) es el daño final incierto (sólo posible); afirman que el bien resarcido es la pérdida en sí de la oportunidad.

22. Las primeras SSTS, Sala 3ª, que aplican sin tapujos la teoría de la pérdida de oportunidad se atienen a esta concepción ontológica (de 7 de julio de 2008 y 26 de junio de 2008 resumidas y comentadas más abajo). Por su parte, los Consejos Consultivos de algunas Comunidades Autónomas han empezado a aplicar en tiempos recientes la teoría de la pérdida de oportunidad en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Y, aunque, por lo general, sus aplicaciones son mucho más rigurosas que las del Tribunal Supremo, se acogen decididamente a la teoría ontológica. Así, en particular, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha afirma que la doctrina de la pérdida de oportunidad “sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de una posibilidad de curación” (Dictámenes 173/2007, 91/2008 y 199/2008). Esta idea se presenta a veces de manera más precisa: “lo que debe ser objeto de reparación” es, no el daño *real* padecido, sino “la pérdida de la oportunidad o de la probabilidad de que con un diagnóstico efectuado de conformidad con las pruebas y análisis que una adecuada *lex artis* imponían, se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud del paciente” (Dictámenes 173/2007 y 91/2008).

23. Por su amplio arraigo, es difícil prescindir de la denominación “pérdida de oportunidad” asignada a la teoría que está canalizando el subsistema de *ni todo ni nada* (responsabilidad proporcional por causalidades sólo posibles). Pero, quizá, su superación podría contribuir a aclarar los términos de ese debate.

24. “Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esa violación”. El mandato cohonesta con lo establecido en el undécimo Considerando, que señala: “cuando

una persona presente una demanda de daños y perjuicios por los gastos realizados con ocasión de la preparación de una oferta o de la participación en un procedimiento de formalización de un contrato, no se le exigirá, para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación se le habría adjudicado el contrato”.

25. “(...) 2. Para que proceda la indemnización se exigirá que se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente Ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal infracción. (...) 4. La indemnización deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación”. Si se compara el tenor de este artículo con el del mencionado artículo 2 de la Directiva 92/13 que transpone, se constata una diferencia destacable. El precepto comunitario no afirma expresamente que, en presencia una posibilidad real de adjudicación, deben indemnizarse parcialmente las ganancias dejadas de obtener. Se limita a concretar que en estos supuestos han de abonarse los gastos de preparación de la oferta y participación en el procedimiento. La regla ha sido significativamente matizada en la Ley española, que establece que, cuando el perjudicado tuviera posibilidades reales de obtener el contrato, la compensación deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. Ese *cuando menos* encierra la idea de que la reparación que se conceda a quien pierda una posibilidad real de victoria puede incluir parte del beneficio neto que la ejecución del contrato habría reportado. Ese *más* que puede abarcar la reparación puede corresponderse, en definitiva, con un porcentaje del lucro inobtenido (el denominado beneficio industrial, que la jurisprudencia española suele identificar con el 6% del importe del contrato previsto).

26. “(...) 3. En los casos en que la reclamación fuera estimada, se haya iniciado la ejecución del contrato y mediaren razones técnicas o de equidad que hagan desaconsejable dejar sin efecto la adjudicación, la entidad contratante podrá, con carácter excepcional y de forma motivada, sustituir la ejecución de la resolución adoptada por la Junta de Contratación Pública por la concesión de una indemnización de daños y perjuicios. La indemnización deberá tener en cuenta la posibilidad real de que el reclamante hubiera obtenido la adjudicación de no haber mediado la infracción y deberá cubrir, al menos, los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de licitación”.

27. “Certeza del daño. Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. El perjuicio cuyo importe no puede determinarse con un grado suficiente de certeza, ha de ser valorado según la discreción del tribunal”.

28. “Daño patrimonial resarcible. 1. El daño patrimonial resarcible comprende: a) Tanto la pérdida sufrida, b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia que puede considerarse —con certeza razonable— ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora. (...)”.

29. La singularidad de este tipo de casos estriba en que se sabe que sólo uno de los miembros del grupo causó el daño, pero se desconoce exactamente cuál, por lo que, en rigor, no hay concurrencia causal. La solución jurisprudencial, con reflejo en varios textos legislativos [Ley de Ordenación de la Edificación (art. 17.3) y Leyes de caza nacional (art. 33.5), aragonesa (art. 71.4), canaria (art. 32.4 párr. 2º), cántabra (art. 63.4) y riojana (art. 18.2 párr. 1)] consiste en imputar a cada uno de los partícipes la totalidad del menoscabo, debiendo, por tanto, responder solidariamente frente a la víctima; y admitiendo que, dentro de la relación interna que vincula a los distintos deudores, la indemnización se distribuya entre ellos en función de las probabilidades de que fueran los causantes. Como, por lo general, no hay elementos de juicio que permitan calibrar la entidad de la probabilidad causal de cada miembro, lo normal es que se repartan la indemnización a partes iguales. Se impone, pues, también en este caso, una regla de indemnización proporcional para afrontar un caso de incertidumbre causal.

30. Cfr. D. KAYE, “The limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, *Am. B. Found. Res. Journal*, 2/1982, pp. 487-516; S. SHAVELL, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, Harvard Univ. press, 1987, pp. 115-117; J. MAKDISI, “Proportional liability...”, cit., pp. 1063-1101; S. LEVMORE, “Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs”, *Journal Legal Stud.*, núm. 19, 1990, pp. 705-707.

31. J. MAKDISI, “Proportional liability...”, cit., pp. 1083-1084. Con parecidos términos, J. BORÉ, “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréiation quantitative de la causalité d’un faite dommageable”, *Juris-Classeur pér.*, Semaine jur., 1974, Doctr., marg., ap. 16.

32. J. MAKDISI, “Proportional liability... cit., p. 1073.

33. La profesora Gascón se refiere a una idea incluida en mi libro que, a su juicio, puede suponer un entendimiento erróneo de la pérdida de oportunidad, como doctrina que afirma responsabilidades sin causa (ni acreditada ni posible): “El hecho de que la doctrina de la pérdida de oportunidad sea una técnica de facilitación probatoria no significa —como parece en cambio colegirse del planteamiento de Luis Medina— que allí donde funciona se esté dando por acreditada o probada *sin fundamento empírico alguno* la existencia del nexa causal entre el comportamiento del agente y el daño producido. ‘Facilitación probatoria’ no significa ‘ausencia de prueba’. Y que esto es así me parece que resulta visible si se opta por la que considero la reconstrucción más apropiada de la doctrina de la pérdida de oportunidad: la que la concibe como una presunción *iuris tantum*”. Y en nota aclara que “‘parece colegirse’ porque si entendiera —como creo que hay que entender, (...) que cuando la TOP se aplica hay un buen *quantum* de prueba del nexa causal aunque claro está que no el suficiente para cumplir el estándar, creo que no sostendría (...) que con la TOP *no se suaviza el estándar* de prueba sino que *cambia el objeto mismo de la prueba*, que ya no es la relación de causalidad sino sólo ‘la probabilidad de obtener una ventaja’”. Mi opinión es, justamente, que la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica sólo ante un buen *quantum* de prueba, según razono en texto a continuación. Pero esto es compatible con la afirmación de que esta doctrina modifica el objeto de la prueba. Admito que esta afirmación puede dar lugar a equívocos. Pero con ella pretendo sólo poner de relieve el cambio fundamental que introduce la teoría de la pérdida de oportunidad: no pretende suavizar las exigencias probatorias (rebajar el estándar de prueba) para afirmar la certeza del nexa causal y garantizar una reparación total del daño padecido; pretende, en supuestos difíciles (probabilidades causales intermedias, que superan un mínimo, pero no alcanza el umbral de certeza), trasladar al *quantum* indemnizatorio las dudas en torno a la existencia del nexa causal para, de este modo, distribuir el peso de la incertidumbre entre las dos partes implicadas y, consecuentemente, evitar que el agente pague enteramente un daño que pudo no haber causado; y la víctima quede sin reparación alguna por un daño que pudo habersele causado. Por eso he dicho que las técnicas de facilitación probatoria que se limitan a rebajar el estándar de prueba alteran sólo la forma del juicio probatorio sin resolver el conflicto de fondo, pues la víctima sigue recibiendo todo o nada; y que la teoría de la pérdida de oportunidad va más allá, reformando el objeto de la prueba, que no es ya la causalidad (la alta probabilidad causal), sino una probabilidad seria y real de causa que justifica una indemnización parcial. La clave es que la teoría de la pérdida de oportunidad libera de afirmar o negar la existencia del nexa causal. Afirma abiertamente la existencia de una causalidad sólo posible y justifica una responsabilidad proporcional.

34. Basil Spyridonos MARKESINIS, *The German Law of Torts. A comparative introduction*, 2ª ed., Clarendon, Oxford, 1990, pp. 82, 90, 484-485.

35. Ejemplos de esta naturaleza, incluidos habitualmente (con escasas variantes) en los estudios sobre el nexa causal en la responsabilidad civil, son: 1) A gasta una broma a B, encerrándole en su habitación; B tenía previsto volar a una determinada hora, pero, como consecuencia del encierro, pierde el avión, viéndose abocado a tomar el siguiente; este segundo avión sufre un accidente, cae al océano y B fallece; 2) A golpea a B, que acude al hospital para tratarse las heridas; la planta en que estaba ingresado sufre un incendio sin que B logre escapar de las llamas, falleciendo. Estos dos ejemplos se traen a colación para demostrar la importancia de que una teoría de la causalidad jurídica encuentre un criterio jurídico con que evitar que A responda civilmente de la muerte de B, pese a que su conducta constituye sin lugar a dudas una *condicio sine qua non* de ese resultado lesivo. Hay prueba de la causalidad material, pero se afirma que el Derecho establece un criterio de restricción (adecuación de la causa, riesgo general de la vida...) determinante de que tal causalidad carezca de relevancia jurídica. Este planteamiento es, sin duda, acertado y vale para resolver algunos de los problemas causales a que se enfrentan los jueces. Pero lo artificioso de los ejemplos propuestos pone ya sobre la pista de que, en la *realidad* de las controversias jurisdiccionales, los problemas causales suelen ser de otra índole. Lo habitual es que el problema sea la búsqueda de criterios jurídicos, no para negar relevancia jurídica a causas demostradas, sino para adjudicársela a causas no (suficientemente) probadas.

36. Huelga decir que estas consideraciones están directamente basadas en los planteamientos de Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1964, pp. 53 ss.

37. Jerome FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 2ª ed., trad. original inglés “Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism”, *NY Univ. L. Rev.*, oct. 1951, núm. 4, C. M. Bidegain, pról. J. Cueto Rúa, Fontamara, Mexico D. F., 1993, p 40.

38. Un ejemplo clarísimo en este sentido es la opinión que a veces merece la denominada doctrina del “juicio dentro del juicio”. La locución “juicio dentro del juicio” (*trial within the trial; procès-dans-le-procès*) no es más que una forma plástica de expresar la exigencia fundamental de que se aprecie el nexa causal a través un juicio probabilístico en una

concreta serie de casos de responsabilidad civil: los que plantean las actividades forenses y, en particular, los de culpa de abogados y procuradores, por falta de interposición de un recurso. Cuando el cliente-perjudicado demanda al profesional legal negligente —reclamándole la cantidad que habría conseguido de haber obtenido un pronunciamiento favorable—, para apreciar si hubo o no nexo causal entre el hecho ilícito (la falta de presentación del recurso) y el daño producido (la inobtención de las ganancias esperadas), hay que determinar la probabilidad de que las pretensiones frustradas hubieran sido estimadas en el proceso que no tuvo lugar. En estas hipótesis, para valorar si hay o no causalidad y, en su caso, aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad, el órgano decisor está obligado a realizar un “juicio dentro del juicio”, esto es, una representación ideal de lo que habría ocurrido en el proceso que arroje cuáles son las probabilidades de que fueran atendidas las pretensiones del cliente. Dicho en otros términos, el curso de los acontecimientos que es preciso imaginar para averiguar si hubo conexión causal es aquí el curso de ese procedimiento jurisdiccional que no llegó a comenzar; y el grado de probabilidad de que el agente dañoso fuera causante del daño es el grado de prosperabilidad del recurso que no llegó siquiera a plantearse. Es importante, pues, retener que el “juicio dentro del juicio” no es más que la aplicación particular a un ámbito concreto de la realidad de la regla general de que la certidumbre del nexo causal se comprueba a través de un juicio pronóstico de probabilidades en torno a si el hecho ilícito fue *conditio sine qua non*. Pues bien, en el Derecho español hay una jurisprudencia que niega la viabilidad del “juicio dentro del juicio”; una jurisprudencia que no ha tomado conciencia de que, de este modo, están vulnerándose reglas basilares del Derecho procesal y de la institución resarcitoria que obligan al juez a pronunciarse en torno a la concurrencia del nexo causal a través de un examen retrospectivo del que resulten las probabilidades de que el hecho ilícito generara el menoscabo. Pueden leerse en las sentencias de nuestros Tribunales relativas a estos temas afirmaciones tales como que “resulta totalmente imposible saber si introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terrenos de las conjeturas cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del procurador demandado) recursos de apelación” (STS de 11 de noviembre de 1997, Ar. 7871). De este modo, el daño (la pérdida de las ganancias que esperaba obtener el cliente) deja de repararse, pero no porque no concurre el nexo de causalidad, sino porque el Alto Tribunal no quiere siquiera examinar si lo hubo o no. Estamos, simple y llanamente, ante casos en que la autoridad judicial expresa abiertamente su voluntad abdicatoria de no ejecutar la tarea con que decidirse en torno al elemento causal (en la línea de la sentencia criticada se sitúa la STS, Sala 1ª, de 25 de junio de 1998, Ar. 5013). Sin duda, esta tendencia tiene que ver con la idea de que en el proceso ha de asegurarse la verdad de los hechos con absoluta certeza. Nadie mejor que un juzgador para explicar la dificultad de predecir el resultado de un procedimiento jurisdiccional. Se trata de una dificultad probatoria que no es en absoluto privativa de este tipo de pleitos, pero en éstos, al requerirse conocimientos específicamente jurídicos, el juez puede interiorizar mejor que en ningún otro la relatividad de las hipótesis que puedan formularse en torno a la concurrencia del hecho causal. Son supuestos en que el órgano decisor está especialmente capacitado para comprender que cualquier conjetura es falsable o refutable. La imperfección del conocimiento humano se le hace especialmente presente en estos pleitos, pero, ante la imposibilidad de conseguir certezas absolutas, en lugar decidirse con pautas de probabilidad, claudica y deja de encarar el cálculo del grado de prosperabilidad del recurso con que determinar si hubo o no nexo causal y, por tanto, si puede aplicarse o no la teoría de la pérdida de oportunidad. Resulta que el conocimiento judicial de los hechos y la valoración de si hubo o no nexo causal se basan, precisamente, siempre y en todo caso, en ese “resbaladizo terreno de las conjeturas”, que, lejos de ser “absolutamente inadmisibles”, es necesario y obligado. La determinación del grado de probabilidad de una hipótesis o conjetura es, precisamente, el vehículo que orienta cualquier investigación científica e histórica y todo pronunciamiento judicial sobre *questiones facti*. La probabilidad es el recurso con el que afrontar el ineludible problema de la incertidumbre. El cálculo de probabilidad permite así, en los asuntos planteados, depurar la medida en que el cliente hubiera vencido en el hipotético proceso y, de este modo, aceptar o rechazar la hipótesis de que el abogado o procurador ocasionó el daño. No cabe, por tanto, renunciar al cálculo de probabilidad, entendido como método racional impuesto por las reglas de la sana crítica y las normas de responsabilidad civil; método que justifica a veces que el profesional legal quede liberado de toda responsabilidad; pero que otras conduce a la apreciación del nexo causal o a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad porque no puede excluirse *a priori* que las pretensiones del cliente hubieran sido estimadas por estar amplia y netamente fundadas y basarse en circunstancias fácticas indubitadas.

39. Las primeras sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que aplican abiertamente la teoría de la pérdida de oportunidad son seguramente ejemplos de este uso abusivo. La sentencia de 7 de julio de 2008 se refiere a un submarinista que sufre un accidente de descompresión en Cullera. 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 ésta 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. Por su parte, la sentencia de 26 de junio de 2008 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 esos medicamentos. Se suspendió el tratamiento, pero la pa-

ciente ya había desarrollado una neuritis óptica bilateral con disminución de agudeza visual. En ambos casos el Tribunal afirma que la actuación de la Administración sanitaria no se ajustó al estándar exigible de calidad: en el primero, por la ausencia de cámara hiperbárica en una zona de costa como es Valencia, la no utilización de helicóptero para el traslado y el retraso de la salida de la ambulancia. En el segundo, por la falta de pruebas encaminadas a verificar el diagnóstico de tuberculosis y, en todo caso, por la no indicación de las vitaminas que hubieran podido contrarrestar los efectos de las medicinas antituberculosas. A su vez, en los dos supuestos se descarta que exista la prueba del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño (la paraplejía y la neuritis) porque es posible que éste hubiera seguido produciéndose, aunque la Administración hubiera actuado correctamente (transportando rápidamente al buceador a Barcelona; y diagnosticando adecuadamente la dolencia o, al menos, aconsejando la toma de medicinas que contrarrestaran los efectos de las antituberculosas). Por eso condenan a abonar en concepto de pérdida de oportunidad unas cantidades (90.000€ y 30.000€) notablemente inferiores a las pretendidas por los recurrentes (123.604€ y ?). En el primer caso se afirma: “aquel principio [de reparación integral] no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que no soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagarse por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener un resultado distinto, más propicio y benigno”. En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo declara en esta misma línea: “no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que, de haberse administrado vitamina B6, los resultados hubieran podido ser otros”. Hay que valorar positivamente estas sentencias, pues hacen suyo un expediente que, aunque difícilmente compatible con la teoría clásica de la causalidad, puede servir para proporcionar soluciones equilibradas en supuestos en que no parece justo que se condene a la Administración a reparar totalmente un daño que pudo no haber causado; ni que se obligue a la víctima a pechar totalmente con un perjuicio que pudo no haber padecido. Y resulta comprensible que a tal efecto el Tribunal se acoja al artificio de afirmar que el concepto indemnizado es un daño en sí mismo, distinto del perjuicio *real*, como si la posibilidad de curación fuera un bien integrado en el patrimonio personal de la víctima. Pero es altamente criticable que, cuando el Tribunal recobra la instancia y valora el daño, deje de acogerse a criterios de racionalidad con que cuantificarlo, estableciendo las indemnizaciones de manera global y a ojo. También que abuse por defecto de la doctrina de la pérdida de oportunidad para rebajar indemnizaciones que, en rigor, deberían ser totales por haber suficientes elementos de juicio para tener por demostrado el nexo causal. De hecho, este uso abusivo se ha producido, posiblemente, en las dos sentencias referidas. En la primera el Tribunal hace suyo un informe según el cual se recupera globalmente el 71,5% de los accidentados disbáricos sometidos a tratamiento durante las primeras seis horas. Y si esto es así, pudo perfectamente afirmarse la prueba de la causalidad, pues el umbral de certeza se sitúa en cifras cercanas a ese porcentaje; o pudo, en todo caso, concederse el 71,5% del valor de los perjuicios padecidos. Nótese que la cantidad reconocida es el 72,8 de lo solicitado. Parece, pues, que el Tribunal ha cuantificado la indemnización atendiendo a ese alto porcentaje de probabilidad causal. El problema es que el Tribunal debió proyectar tal probabilidad, no sobre la cantidad reclamada, sino sobre una valoración del daño padecido realizada con sujeción a criterios de racionalidad. En el segundo pronunciamiento parece que no hay duda de que la medicina tuberculosa generó la neuritis óptica, pudiéndose afirmar el nexo causal. Lo dudoso es, probablemente, que la Administración infringiera la “lex artis” al aplicar un protocolo establecido y no indicar las vitaminas que contrarrestan los efectos adversos de la medicina antituberculosa en el escasísimo número de pacientes en que tales pueden manifestarse. De hecho, la sentencia *a qua* no tuvo problema en afirmar el nexo causal, pero liberó a la Administración por entender que había actuado correctamente.

40. Un análisis fino y completo de estas tendencias en supuestos de responsabilidad hospitalaria, Clara Isabel ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

41. Sin embargo, cuando el hecho irresistible o imprevisible concurrente no es humano (fuerza mayor en sentido estricto, como fuerza de la naturaleza), sigue imperando, al parecer, el viejo criterio del todo o nada. La doctrina jurisprudencial no ha previsto para estos casos una minoración de la indemnización en proporción a la entidad causal de la fuerza mayor: El agente dañoso queda obligado a abonar una compensación total, despreciándose la incidencia de la fuerza mayor; o queda completamente liberado de toda responsabilidad, exacerbándose la importancia de la fuerza mayor. Pero en estos supuestos, sería, quizá, más razonable reducir el alcance de la responsabilidad, como acontece cuando las fuerzas mayores intervinientes proceden de conductas humanas (culpa de la víctima o intervención de tercero). Sobre todas estas cuestiones, María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003.

42. Esta idea, en relación con la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, la tomo de Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 257.

43. La incertidumbre causal, en cuanto supuesto de hecho de la norma que establece la consecuencia de la responsabilidad proporcional, proporciona algún otro criterio delimitador. A ellos me refiero después.

44. Cfr. David A. FISCHER, "Tort recovery for loss of a chance", *Wake Forest L. Rev.*, núm. 36, 2001, pp. 605-655.

45. La incertidumbre causal que conforma el supuesto de hecho de la norma de responsabilidad proporcional es una incertidumbre *irreversible*, y ésta no se da cuando hay, razonablemente, la posibilidad de que después de la *estimatio* llegue a conseguirse la certeza de que el agente no causó un daño, bien porque, producido éste, puede obtenerse después la reparación (*v. gr.*, licitador que pudo ser adjudicatario en el concurso del que fue ilegalmente excluido, pero que puede obtener el contrato en razón de la condena judicial a la repetición del procedimiento), bien porque, no habiéndose producido aún al tiempo de la liquidación de los daños, puede no materializarse nunca (*v. gr.*, médico que, al exponer a radiación a su paciente, no causa daño alguno, pero aumenta las posibilidades de que acontezca después). Esa incertidumbre es, además, *intrínseca*, en el sentido de que quien la propicia no puede ser la propia víctima. Consecuentemente, la responsabilidad proporcional no resulta aplicable a 1) supuestos en que el daño cuya conexión causal es sólo posible aún no se ha materializado ni a los casos en que acontecimientos venideros pueden razonablemente propiciar su reparación. 2) supuestos en que el perjudicado ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal.

46. Los hay, sin embargo, en la doctrina legal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. El entendimiento y aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en los dictámenes de este órgano presenta varios aspectos criticables. Pero, si estas críticas pueden realizarse, es por la ciertamente encomiable voluntad del Consejo de vertebrar sus propuestas indemnizatorias, aplicando criterios legales de valoración del daño y expresando en porcentajes el grado de probabilidad causal. Cfr. Dictámenes 242/2007, de 19 de diciembre; 91/2008, de 29 de abril; y 199/2008, de 1 de octubre.

BREVÍSIMAS OBSERVACIONES

Marina Gascón Abellán

Los comentarios del profesor Luis Medina a mis observaciones sobre la teoría de la pérdida de oportunidad han captado admirablemente los puntos que compartimos (los más) y los puntos de disenso. Se ha centrado, obviamente, en estos últimos. Sus observaciones son extensas y bien articuladas e invitan a reflexionar con calma sobre ellas. No es cosa, pues, de realizar ahora una réplica apresurada. Sin embargo no me resisto a apuntar dos o tres cuestiones que seguramente están en la trastienda de nuestro disenso.

La TOP es un *asunto de prueba*. El propio Luis Medina entiende que esta doctrina adquiere sentido como respuesta a la injusta situación que se produce por la dificultad de probar el nexo causal. Otra cosa es que *además* pueda sostenerse —como él hace— que tal doctrina exige un *concepto alternativo de causalidad*. Es en este punto donde nuestros planteamientos parecen divergir más acusadamente, pues en mi opinión —y esto es lo que he sostenido— la TOP es compatible con el concepto clásico de causalidad. Ahora bien, creo que la divergencia es más aparente que real, pues refleja —como tantas veces sucede— un desacuerdo lingüístico. Más exactamente, cuando yo sostengo que la TOP es compatible con el concepto clásico de causalidad estoy aludiendo a la *causalidad física*, que hace referencia a una relación de eventos acaecidos en el mundo y que debe ser acreditada (o sea, probada) cuando el derecho así lo exija para que surja la responsabilidad. En cambio cuando Luis Medina afirma que con la TOP cambia el concepto de causalidad se refiere en realidad a la *causalidad jurídica*, o sea al concepto jurídico de causalidad que está en la base de la *imputación de responsabilidad*. En definitiva, la teoría de la causalidad pro-

babilística a la que hace referencia el profesor Medina Alcoz es una doctrina sobre la imputación de responsabilidad y no una nueva teoría de la causalidad, entendida como relación física entre dos fenómenos.

Sigo creyendo además que la reconstrucción de la TOP como una presunción *iuris tantum* resulta adecuada porque explica bastante bien su funcionamiento y por las ventajas que ya señalé. Y frente a ello no cabe decir que tal reconstrucción no resulta aceptable porque dicha regla presuntiva “no está formulada como tal en las normas que acogen la doctrina de la pérdida de oportunidad, cuya estructura es mucho más sencilla: el supuesto de hecho es la apreciación de la incertidumbre causal... y la consecuencia jurídica es el libramiento de una indemnización proporcional (al grado de probabilidad causal)”. Como es obvio, la “reconstrucción teórica” de una doctrina no puede ser una simple descripción de su práctica forense o de la normativa que la cobija, sino que pretende avanzar un esquema teórico que permita dar cuenta de la misma y, al propio tiempo, analizar mejor sus presupuestos y límites. Y la reconstrucción de la TOP como regla presuntiva es —me parece— útil a estos efectos. Asimismo, tampoco creo que pueda aceptarse sin más la objeción de que se trataría de “una presunción legal ciertamente extraña” porque las presunciones legales cumplen la función de “evitar un juicio de valoración probabilística sobre la verdad de un concreto hecho... pero en este caso ese juicio de valoración debería realizarse en todo caso”. Pues bien, no se ve cuál es la objeción en este punto. No es este el lugar para profundizar en ello pero me parece cuestionable la afirmación de que la función de las presunciones sea evitar un juicio

de valoración probabilística. Su función, creo, es proveer una cierta solución normativa para preservar ciertos valores, y esto lo realizan —y de ahí su especificidad frente a otras normas jurídicas— operando sobre la carga de la prueba.

No obstante, y aunque se aceptara esta reconstrucción de la TOP como norma presuntiva, seguramente tiene razón Luis Medina respecto al hecho de que la doctrina que comentamos necesitaría un respaldo legal en el derecho de daños. Más exactamente, aunque puede decirse que allí donde funciona ha habido prueba significativa del nexo causal, y aunque no creo que puedan ponerse graves objeciones a que se rebaje jurisprudencialmente un estándar de prueba que ha sido creado también jurisprudencialmente, en aras de la seguridad jurídica sería deseable que dicha presunción contara con una previsión normativa que le diera respaldo y estableciera con cierta precisión los casos de incertidumbre causal en que procede aplicarla y el criterio para cuantificar la indemnización correspondiente.

Creo que, en el fondo, lo que menos gusta a Luis Medina de la reconstrucción de la TOP como una norma presuntiva es que de este modo *se declara una responsabilidad con base* —aunque sea a través de una presunción— *en la causalidad*. Más exactamente, lo que rechaza es que, a través de esta reconstrucción, no se abandona el universo terminológico de la “causalidad” aun cuando ésta no ha resultado probada. Por eso dice que no es preciso “insultar”, por ejemplo a los profesionales sanitarios, afirmando “la existencia de causalidad cuando la apreciación mera de una probabilidad causal intermedia puede justificar el libramiento de una indemnización parcial”. Desde luego no puede negarse que este intento de reconstruir la TOP como un sistema de responsabilidad basado, no en la *causalidad* (“por más que tal afirmación se apoye en una presunción legal”) sino en la *causalidad probabilística*, o *causalidad posible* o *probabilidad causal intermedia*, está animada por un loable propósito que podría compartirse sin grave esfuerzo. Pero, más allá de las palabras, ¿qué es la causalidad probable o posible sino la probabilidad de que exista causalidad, *tout court*?