

Los sesgos y el derecho. En especial, sus implicaciones para el derecho civil.

Alma María Rodríguez Gutián
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario

El presente trabajo busca aproximarse al conocimiento del derecho mediante el uso de herramientas procedentes de la psicología. Su principal objetivo consiste en analizar las implicaciones que para el derecho civil poseen determinados sesgos cognitivos y sociales sufridos tanto por profesionales del derecho como por individuos cuando adoptan decisiones jurídicas. Además, da cuenta de ciertas fórmulas empleadas por el legislador y por los tribunales para atenuar las consecuencias de esta clase de sesgos.

Abstract

This paper aims to approach the knowledge of law through the use of tools from psychology. Its main objective is to analyse the implications for civil law of certain cognitive and social biases suffered by both legal professionals and individuals when adopting legal decisions. In addition, it also reports on certain formulas used by the legislator and the courts to mitigate the consequences of these types of biases.

Title: Biases and the law. In particular, its implications for civil law.

Palabras clave: sesgos cognitivos, sesgos sociales, heurística, medidas frente a los sesgos, derecho civil.

Keywords: cognitive biases, social biases, heuristics, anti-bias measures, civil law.

DOI: 10.31009/InDret.2025.i2.01

Índice

Recepción
18/12/2024

-

Aceptación
31/03/2025

-

1. Notas introductorias.

2. Primer plano: sesgos sufridos por los profesionales del derecho en el ejercicio de sus funciones.

2.1. Sesgo del statu quo.

2.2. Sesgo de halo y de *horn*.

a. Medidas legales antidiscriminatorias dirigidas a atenuar los efectos de los sesgos de halo y de *horn*.

2.3. Sesgo retrospectivo.

a. Medidas legales antirretrospectivas.

b. Medidas judiciales antirretrospectivas.

2.4. Sesgo de género.

3. Segundo plano: sesgos sufridos por los individuos en la adopción de decisiones con trascendencia jurídica.

3.1. Sesgo del optimismo excesivo.

3.2. Cascadas.

a. Cascada informativa.

b. Cascada de disponibilidad.

c. Cascada reputacional.

3.3. Sesgo de aversión a la pérdida.

3.4. Sesgo de anclaje.

3.5. Reacciones del ordenamiento jurídico para prevenir decisiones sesgadas e irrationales por parte de los consumidores y usuarios.

3.6. El uso de los sesgos de los ciudadanos en la configuración de las políticas públicas.

4. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Notas introductorias*

Cabe mencionar dos formas de acercarse al conocimiento del derecho. Una primera, de carácter más doctrinal o dogmático, persigue obtener dicho conocimiento desde la perspectiva interna del propio derecho, es decir, a partir de los materiales de autoridad que lo conforman. Y una segunda, de corte más analítico y causal, busca comprender la estructura del derecho desde la perspectiva externa que aportan las ciencias sociales, y ello a través de la aplicación de herramientas analíticas y empíricas procedentes de la economía, las matemáticas, la psicología o la sociología¹. Explica FARNSWORTH que normalmente en las Facultades de Derecho uno accede a un conjunto de reglas jurídicas y de principios que le posibilitan aprender en qué casos un sujeto debe reparar el daño causado, si un contrato es válido o no, qué diferencia hay entre un homicidio y un asesinato, etc, pero no se estudian otras herramientas externas que ayudan a complementar el análisis del derecho².

El presente trabajo quiere aproximarse al derecho con el uso de herramientas propias de la psicología. En particular, incide en el análisis de los estudios psicológicos de la conducta aplicados a la toma de decisiones y da cuenta de que tales decisiones pueden verse afectadas tanto por sesgos cognitivos como por sesgos que podrían denominarse sociales³. KAHNEMAN⁴ explica cómo nuestro cerebro utiliza dos sistemas, uno rápido, intuitivo, emocional y sin sensación de control voluntario (Sistema 1), y otro lento, racional y deliberativo, que centra la atención en actividades mentales que exigen fatiga (Sistema 2). La división entre el sistema 1 y el 2 es eficiente, permitiendo minimizar el esfuerzo mental y optimizar la ejecución. Este autor considera útil y conveniente el funcionamiento del Sistema 1: sus modelos de situaciones familiares, así como sus predicciones a corto plazo son adecuadas, y sus respuestas iniciales a los retos con los que nos encontramos son rápidas y, en general, correctas⁵. La mente lleva a cabo una serie de procedimientos de simplificación con el fin de reducir la compleja información recibida del exterior y de este modo posibilitar la adopción de decisiones de forma eficiente. Tales procedimientos mentales de simplificación a través de atajos (heurística), si bien con carácter general, como se ha apuntado ya, pueden ser útiles para la vida corriente, originan en ocasiones

* Alma María Rodríguez Gutián (alma.guitian@uam.es). Catedrática de Derecho Civil (Universidad Autónoma de Madrid). El presente trabajo tiene su origen en la ponencia impartida a los y las estudiantes de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Santiago de Chile) el día 22 de octubre de 2024. Agradezco la invitación del decano de dicha facultad, Jaime Couso Salas, y del profesor de Derecho Civil Carlos Pizarro Wilson.

¹ En este sentido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Prólogo» al libro de Ward Farnsworth, *El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el Derecho*, Girbau Pedragosa (traductor), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. I y II. A su juicio, el libro posee el mérito de haber identificado y ordenado las herramientas analíticas y empíricas importadas de otras disciplinas que permiten desvelar la arquitectura oculta del derecho.

² FARNSWORTH, *El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el Derecho*, Girbau Pedragosa (traductor), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 13.

³ VELASCO CABALLERO, «Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del Derecho Administrativo», en Ponce Solé (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 110-111, señala que la enseñanza del derecho en general y, en particular, del derecho administrativo es básicamente racional, de modo que hoy por hoy consiste en la transmisión de conocimientos y técnicas con las que el estudiante podrá resolver racionalmente en el futuro problemas de la realidad. Por el contrario, se presta poca atención a los elementos irrationales, olvidando, a su juicio, que buena parte de las actuaciones jurídicas se originan en contextos de «baja elaboración cognitiva».

⁴ *Pensar rápido, pensar despacio*, Chamorro Mielke (traducción), 7^a edición, Debate, Barcelona, 2015, p. 35.

⁵ *Pensar rápido, pensar despacio*, cit.pp. 40-41 y 541.

errores o sesgos sistemáticos (*biases*) que conducen a que los juicios y decisiones humanas difieran de lo predecible⁶.

Cuando hay indicios de errores probables, estos solo pueden prevenirse con un control reforzado y una actividad más intensa del mencionado Sistema 2. Pero no sería eficiente adoptar como regla diaria la vigilancia continua, entre otras razones, porque este último sistema es muy lento⁷. Este tipo de disfunciones cognitivas se dan sistemáticamente en todos los países y culturas. Por supuesto afectan también a la toma de decisiones profesionales que poseen consecuencias para otras personas; y desde luego se mantiene un consenso acerca de que los jueces tampoco escapan a estos sesgos⁸. KAHNEMAN, SIBONY y SUNSTEIN⁹ denominan ruido al sesgo que provoca variabilidad en sentencias judiciales que tendrían que recibir un tratamiento igual (aunque tal denominación también podría extenderse, a su juicio, a otros profesionales, como médicos, empresarios o abogados). Tales autores hablan de «lotería de las sentencias». Citan como ejemplo la justicia penal: a veces un juez puede dictar una sentencia en base a su filosofía personal, otras veces por asociaciones de ideas de las que el juez ni siquiera es consciente (así, un acusado concreto le recuerda a un delincuente muy odiado, o una acusada le recuerda a su propia hija¹⁰).

⁶ En este sentido MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *InDret* 2/2011, p. 3. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «El relativo valor de la justicia administrativa. Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La “zona de lo interpretable” y el azar en el Derecho», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, p. 9, añade, a estos sesgos cognitivos, las motivaciones emocionales y morales y la influencia social.

⁷ KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit.p. 45. Señala que lo más conveniente es aprender a reconocer situaciones en las que los errores son probables y concentrarnos en prevenir los más importantes siempre que estemos ante la adopción de decisiones trascendentales para nuestra vida.

⁸ Tal consenso es compartido tanto en la doctrina española como norteamericana. Así, se ha señalado con claridad que los jueces son profesionales que en absoluto están libres de los sesgos (CHAVES GARCÍA, *Cómo piensa un juez. El reto de la sentencia justa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 200 ss y NIEVA-FENOLL, «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez», *InDret* 1/2025, pp. 385-386), y que su negativa a reconocer que introducen preconcepciones en sus casos refleja una falta de conciencia, la fuerza de la retórica o el valor de la propaganda del modelo legalista (POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2008, p. 72). El actual Presidente del Tribunal Constitucional español, Conde Cumpido, reclamaba la independencia de este tribunal y señalaba que los magistrados cuentan con las herramientas necesarias para imponer «su imparcialidad lejos de sesgos: los argumentos jurídicos, nada más y nada menos», *El Confidencial*, 6-9-2024 (https://www.elconfidencial.com/espana/2024-09-06/pumpido-constitucional-jueces-toma-de-posesion-macias_3956654/). A mi juicio, cabría hacerse la siguiente pregunta: ¿los argumentos jurídicos están libres de sesgos? Como señala ALFARO AGUILA-REAL, «Sesgos crematísticos en la investigación jurídica», *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016 (<https://almacendedderecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica/>), «todos los sesgos de los juristas académicos deben contrarrestarse acudiendo a la argumentación y al “mercado de las ideas” esperando que otros tengan sesgos que les conduzcan a la interpretación opuesta y que, tras el intercambio y la discusión de acuerdo con los parámetros aceptados por todos, se llegue a la solución preferible». En similar sentido GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «El relativo valor de la justicia administrativa», cit.pp. 1-2 y 11, destaca la función relevante que posee el abogado ante los errores cognitivos del juez a la hora de emitir el fallo. Una buena defensa del abogado servirá para «“reducir” las probabilidades de padecer una de esas consecuencias negativas de la inevitable “zona de lo interpretable”». En su opinión, la argumentación jurídica aporta la única solución a este complicado problema sin solución posible. El prefiere mantener que en determinadas decisiones y materias del derecho hay una «zona de lo interpretable» porque no podría asumirse que circunstancias relevantes (arruinarse, enriquecerse, ir o no a prisión) fueran producto de una interpretación subjetiva del juez.

⁹ *Un fallo en el juicio humano*, Chamorro Mielke (traducción), Debate, Barcelona, 2021, pp. 88-94.

¹⁰ Una muestra específica en el derecho civil se halla en la valoración y reparación del daño moral. La falta de criterios objetivos para tal reparación, como el valor de mercado o de sustitución de los bienes o derechos afectados, lleva consigo que su cuantificación dependa al final de valoraciones personales, en primer lugar, de la víctima y, posteriormente, del juez que dicta la sentencia. Tal tipo de valoración subjetiva desdibuja la frontera

Precisamente la imperfección que deriva de la suma de los sesgos y de la diversidad en las decisiones de los profesionales es uno de los principales argumentos esgrimidos hoy a favor de la sustitución de la toma humana de decisiones por herramientas de inteligencia artificial (en adelante IA)¹¹. KAHNEMAN, SIBONY y SUNSTEIN afirman que «(...) aunque es poco probable que un algoritmo de predicción sea perfecto en un mundo incierto, puede ser mucho menos imperfecto que el ruidoso y, a menudo, sesgado juicio humano. Esta superioridad se mantiene tanto en términos de validez (los buenos algoritmos casi siempre predicen mejor) como de discriminación (los buenos algoritmos pueden estar menos sesgados que los juzgadores humanos)»¹². Continúan señalando que los algoritmos de aprendizaje profundo y la IA no son los únicos medios para mitigar los errores, injusticias y ruidos procedentes de los sesgos de los individuos. Así, por ejemplo, los protocolos pueden ser utilizados por organizaciones de toda clase (empresas, hospitalares, universidades y organismos públicos), permitiendo con ello higienizar la toma de decisiones profesionales con sesgos, aunque estos últimos no se eliminarán completamente¹³.

Resulta de interés plantearse si y, con qué función, podrían emplearse los sistemas de IA en la administración de justicia como alternativa a los sesgos de los jueces. La Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-323 de 2 de agosto de 2024 enjuicia de forma pionera el uso de la IA por un juez de segunda instancia, el cual empleó el ChatGPT para la motivación de la sentencia¹⁴. Se trata de la demanda de la madre de un menor con TEA (trastorno de espectro autista), que no fue exonerado de los copagos y cuotas moderadoras en el uso del Sistema General de la Seguridad Social en Salud, y al que también se le denegó el transporte urbano para acceder de forma gratuita a los citados servicios y no se le autorizó un tratamiento integral. La madre sostuvo la lesión de ciertos derechos fundamentales del hijo, como la salud y la vida digna. En la parte que aquí interesa, la Corte Constitucional entiende que no hay vulneración del derecho al debido proceso en cuanto que el juez de segunda instancia estructuró y fundamentó su análisis en los principios y normativa aplicable al caso y solo después, de forma secundaria, utilizó la IA como herramienta adicional.

que diferencia entre la discrecionalidad y la arbitrariedad y, además, perjudica a los potenciales agentes de los daños que pueden acabar siendo expulsados del mercado al no poder asumir el riesgo de una responsabilidad quizás potencialmente ilimitada. En el ordenamiento español el problema se agrava, por una parte, porque la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por los daños no llega a la casación pues, salvo contadas excepciones, la apreciación de la prueba corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia. Por otra parte, porque, a diferencia de otros países, los jueces y tribunales españoles no han elaborado, solos o con otros agentes, baremos orientativos, de carácter no vinculante, que les sirvan de pauta a la hora de calcular la indemnización por el daño moral. Si ha tenido una iniciativa el legislador con las medidas incluidas en el sistema legal de valoración de daños causados por accidentes de circulación. Sobre ello GÓMEZ LIGÜERRE, «Concepto de daño moral», en Gómez Pomar/Marín García (dirs), *El daño moral y su cuantificación*, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 2023, pp. 57 y 66-68.

¹¹ En este sentido KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN, *Un fallo en el juicio humano*, cit.pp. 369, 370 y 371. Por otra parte, PONCE SOLÉ, «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discretionarias totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 9, 2024, p. 176, cita, como posibles ventajas apuntadas de la adopción automatizada de decisiones respecto de la humana la mayor capacidad de procesamiento (la memoria humana es limitada al verse afectada por la fatiga), la mayor eficiencia y eficacia y los ya citados sesgos cognitivos humanos.

¹² *Un fallo en el juicio humano*, cit.pp. 370-371.

¹³ *Un fallo en el juicio humano*, cit.pp. 343 y 354.

¹⁴ Consultese en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-323-24.htm> (fecha de consulta: 3/12/2024). Magistrado sentenciador: Juan Carlos Cortés González.

La sentencia señala, además del riesgo inherente de existencia de sesgos en la IA, los criterios a los que debe sujetarse el uso de la misma por un juez. Así, al principio de transparencia (en cuanto las partes han de ser informadas previamente de dicho uso), al principio de privacidad (no cabe introducir datos personales en el instrumento de la IA) y al principio de responsabilidad y no sustitución de la racionalidad humana. Es decir, la información obtenida del empleo de la IA debe ir dirigida solo a optimizar tiempo y mejora de la eficiencia del servicio de la administración de justicia, pero nunca a reemplazar al juicio humano y, en última instancia, la información obtenida debe ser revisada por el juez. La IA, de acuerdo con la sentencia, puede ser de utilidad para el desarrollo de funciones de administración y de apoyo, como la gestión documental, la organización de expedientes o la revisión o síntesis de textos extensos. Pero no puede servir, por el contrario, para «la creación de contenido, interpretación de hechos o pruebas y mucho menos para la solución de casos»¹⁵.

Las conclusiones anteriores de la Corte Constitucional de Colombia no difieren sustancialmente del Anexo III 8 del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican determinados Reglamentos y Directivas¹⁶. Así, clasifica como de alto riesgo determinados sistemas de IA destinados a la administración de justicia y los procesos democráticos, en la medida que pueden tener efectos potencialmente importantes para la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Explica el Considerando 61 del Reglamento que «(...) a fin de hacer frente al riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades, procede clasificar como de alto riesgo aquellos sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial o en su nombre para ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos».

Se cuestiona Ponce Solé¹⁷ si el uso del verbo «ayudar» incluido en el citado Considerando 61 excluye la adopción de decisiones judiciales con margen de apreciación de forma totalmente automatizada. Explica el citado autor que, en las enmiendas presentadas en su día por el Parlamento Europeo al proyecto de Reglamento de IA, se modificó el entonces Considerando 40 mediante la enmienda 71. El contenido de dicha enmienda fue finalmente incluido en el ya mencionado Considerando número 61 del texto definitivamente aprobado por el Parlamento en marzo de 2024, con el siguiente tenor: «La utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe substituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana. No obstante, la clasificación de

¹⁵ GRAVETT, «Judicial Decision-Making in the Age of Artificial Intelligence», en Sousa Antunes (ed), *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and The Law*, Springer, 2024, pp. 288-293, analiza, junto al fenómeno denominado «Technology effect» (la tendencia humana a tener un optimismo excesivo hacia la tecnología al vincular esta con el éxito), el llamado «Automation Bias», por el cual los jueces aceptan las recomendaciones dadas por un sistema automatizado, transfiriendo incluso la responsabilidad por las decisiones jurídicas a la máquina. No obstante, apunta ORTEGA KLEIN, «Juez con robot, más que robot juez», en Casas Baamonde (dir), *Derecho y Tecnologías*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 2025, p. 55, que el futuro en este campo no es uno de máquinas que sustituya a humanos en la decisión judicial, sino el de un sistema humano-máquina que pueda conservar rasgos emocionales y morales.

¹⁶ Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828. El Reglamento de IA está publicado en DOUE 12.7.2024.

¹⁷ «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discretionarias totalmente automatizadas y alcance del control judicial», cit. p. 202.

los sistemas de IA como de alto riesgo no debe hacerse extensiva a los sistemas de IA destinados a actividades administrativas meramente accesorias que no afectan a la administración de justicia propiamente dicha en casos concretos, como la anonimización o seudonimización de resoluciones judiciales, documentos o datos, la comunicación entre los miembros del personal o las tareas administrativas»¹⁸.

En todo caso la promesa de una IA imparcial y objetiva choca de frente también con la realidad de los sesgos, que pueden darse en las distintas fases del ciclo de vida del sistema de IA, estando su origen, bien en el propio proceso, bien en la intervención humana. En el ámbito algorítmico los sesgos, con posibles resultados discriminatorios, pueden aparecer en el momento de la selección de los datos, en las acciones del desarrollador y/o programador del algoritmo o pueden ser inherentes al propio aprendizaje del algoritmo, sin poder descartar tampoco la posibilidad de existencia de errores en la interpretación del output¹⁹. Tales sesgos en gran medida guardan ligazón con la opacidad, característica inherente a la IA (sobre todo de la más compleja y autónoma), y con el denominado efecto de la «caja negra». El algoritmo extrae patrones a partir de los datos de los que se alimenta y va aprendiendo, a través de tales datos de entrada, a adoptar decisiones de salida sin que el usuario sea capaz de conocer cómo y por qué la máquina ha tomado determinada decisión o ha llegado a un determinado resultado²⁰.

En particular, la existencia de sesgos en los datos de entrenamiento es la principal causa de discriminación algorítmica y una de las más difíciles de abordar. Los sistemas de IA requieren la recopilación masiva de datos porque necesitan información dirigida al entrenamiento y funcionamiento de los modelos subyacentes; de modo que aquellos operan sobre la base de datos previos que podrían estar ya sesgados, como los relativos a la raza o al género²¹. Cuando los

¹⁸ PONCE SOLÉ, «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial», cit.p. 184, explica que las máquinas carecen de empatía, por tanto, no pueden adoptar buenas decisiones en aquellos casos en que existe un margen de valoración discrecional. Igualmente, las máquinas no deciden como los humanos, que utilizamos inferencias denominadas abductivas, capaces de formular conjeturas e integrar el sentido común en un mundo cambiante (cit.p. 188). Por su parte CHAVES GARCÍA, *Cómo piensa un juez*, cit. pp. 614-615, insiste en que el análisis estadístico con finalidad predictiva nunca podrá reemplazar el proceso deductivo personal del juez. Cita varios ejemplos de campos donde impera la dificultad para reducir a algoritmos la decisión sobre ellos, como la culpabilidad de una persona, la imputabilidad de responsabilidad civil o el acoso laboral.

¹⁹ ESPÍN ALBA, «Sesgos discriminatorios en la toma automatizada de decisiones en la contratación y protección de datos», en Alvarez Lata (coord), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 143-144.

²⁰ En este sentido GIL MEMBRADO, «Daños producidos por la IA: la opacidad del algoritmo y el efecto de caja negra», en Alvarez Lata, N. (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Madrid, 2024, p. 513. Sobre tal carácter opaco de los sistemas de IA consultese también CHESTERMAN, *We, The Robots? Regulating Artificial Intelligence and the Limits of the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, UK-New York, USA, 2021, pp. 66 y 70, el cual señala que la opacidad de los algoritmos puede proporcionar cobertura para decisiones inadmisibles al enmascarar prácticas discriminatorias. Cita el ejemplo de los usados para predecir futuros comportamientos de individuos específicos, así, si una persona cometerá un nuevo crimen o si desarrollará bien un trabajo concreto. Junto a ello hay otra hipótesis en la que la opacidad de los algoritmos, aunque no esconde un trato discriminatorio, es ilegal en cuanto la transparencia del proceso mismo puede ser más importante que la eficacia y la adecuación del resultado al que se llega. Esto sucede en las decisiones judiciales que sean resultado de algoritmos inexplicables (cit.pp. 75, 79 y 80).

²¹ BARRIO ANDRÉS, «Objeto, ámbito de aplicación y sentido del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial», *El Reglamento europeo de inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 26.

diferentes colectivos no están representados de forma correcta en la base de datos de entrenamiento se engrandecen o realzan las características del grupo dominante, tomándose este último como referencia para adoptar decisiones (sesgo de representación). Cabe citar dos ejemplos en dos ámbitos muy distintos. Así, en primer lugar, los datos de entrenamiento de un algoritmo de reconocimiento facial con fines de detección de delincuentes con frecuencia pueden representar en exceso a personas de raza blanca, produciendo evidentes y graves errores al intentar el reconocimiento facial de personas de color²². También existen supuestos de discriminación algorítmica por sesgos en las bases de datos de entrenamiento en el ámbito del proceso de la contratación laboral²³.

²² Un buen ejemplo de que un uso irresponsable de la IA podría exacerbar daños sociales, como el fraude, la discriminación, los sesgos y la desinformación [denunciado en la Section 1 de la Orden ejecutiva sobre el desarrollo y el uso seguro y confiable de la IA de 30 de octubre de 2023 del Presidente Joe R. Biden, en la actualidad ya derogada] es el arresto policial de *Porcha Woodruff*, de 32 años, detenida en su casa por cargos de atraco y robo de vehículo con violencia, delante de sus hijos y vecinos y en un avanzado estado de embarazo [(*The New York Times*, 8 August 2023 (<https://www.nytimes.com/2023/08/06/business/facial-recognition-false-arrest.html>)]. La herramienta de IA de reconocimiento facial utilizada por el Departamento de Policía de Detroit, que buscaba comparar rostros desconocidos con fotografías incluidas en la base de datos policial de delincuentes, presentaba un claro sesgo: el algoritmo recibió más fotos de caras de piel clara que de piel oscura, de ahí que dicho sistema era inevitablemente peor en el reconocimiento de este último tipo de caras. Un mes más tarde de su detención, el fiscal del condado de Wayne desestimó el caso frente a ella. Dos semanas y media antes de que la policía detuviera a Woodruff, un hombre de 25 años llamó a la policía de Detroit desde una licorería para denunciar que había sido víctima de un robo a mano armada. Relató que ese mismo día conoció a una mujer, con la que había estado primero en su auto en el parking de una licorería y, a continuación, en una estación de servicio BP. Cuando la dejó en un lugar a 10 minutos de distancia, un hombre que estaba ahí para encontrarse con la mujer sacó una pistola y le quitó a la víctima su cartera, teléfono y auto. Un detective de la unidad de robo de automóviles comerciales del departamento de policía obtuvo el video de vigilancia de la estación de servicio BP, solicitando a un analista de delitos del departamento una búsqueda basada en el reconocimiento facial para identificar a la mujer. El analista proporcionó al investigador el nombre de Woodruff a partir de la comparación con una foto de esta última del año 2015 incluida en la base de datos de la policía. Parece que ese año la arrestó la policía cuando conducía sin una licencia vigente. Cinco días después del robo del auto, el detective encargado del caso le pidió a la víctima que observara seis fotos de mujeres negras, siendo una de ellas la fotografía de Woodruff. El testigo la identificó como la mujer con la que estuvo el día del robo. Fue decisivo para demostrar su inocencia que la mujer que aparecía en el vídeo de la estación de servicio no se hallara embarazada.

²³ Con frecuencia los laboralistas citan como ejemplo el sistema de IA creado por Amazon para la selección de personal. El modelo buscaba la identificación del perfil profesional que mejor encajara en la empresa conforme a las contrataciones llevadas a cabo por la misma en los últimos diez años. Como en el citado periodo de tiempo las contrataciones habían sido mayoritariamente de hombres, el algoritmo identificó que los varones encajaban mejor en la empresa y, por consiguiente, descartó de forma automática los curriculum vitae que contenían la palabra «mujer». Además, puesto que los algoritmos pueden hallar el modo de elegir a los candidatos a través de la conexión con otros datos incorporados en el currículum, aun presentándose estos en forma neutra, el citado algoritmo logró conocer en cada caso cuáles de los candidatos eran mujeres y cuáles hombres por medio del uso del femenino por parte de las candidatas en sus curriculum vitae. Veáse sobre ello GINÉS FABRELLAS, «Analítica de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación», *Labos*, Número extraordinario Normativa europea sobre inteligencia artificial, vol. 5, 2024, p. 114. Esta autora analiza en su trabajo otras situaciones de discriminación algorítmica que pueden ocurrir en procesos de selección, existiendo hipótesis de sesgos en las variables utilizadas por el algoritmo. Así, el sistema de IA puede identificar aquellas personas o colectivos en la plataforma o en redes sociales a quien dirigir la oferta de trabajo. Aunque esta práctica inicialmente es legal, la misma puede ser discriminatoria cuando la segmentación se lleve a cabo a partir de alguna de las causas de discriminación prohibidas. Este fue el caso de la empresa T-Mobile, que restringió las visualizaciones de oferta laboral en Facebook a personas entre 18 y 30 años. Prácticas discriminatorias pueden ser igualmente el uso de juegos en los procesos de selección. Además de ser poco ético que un juego de ordenador sea el factor determinante para la mayor o menor probabilidad de lograr un empleo, las personas menos familiarizadas con juegos de ordenador pueden verse penalizadas (especialmente personas con discapacidad en cuanto muchos de los juegos miden la rapidez de reacción), y ello a pesar de poseer un buen perfil profesional. La autora también señala que los sistemas de IA que analizan los movimientos faciales o el tono de voz de las personas en una entrevista de trabajo podrían tener igualmente un efecto discriminatorio al confundir con un mal perfil

A la vez que las máquinas poseen nuestros sesgos, también nuevos experimentos han acreditado la excesiva dependencia humana de las recomendaciones dadas por los sistemas de IA²⁴. La confianza ciega en las conclusiones y resultados originados por las máquinas puede hacernos caer, sin ninguna duda, en el denominado «sesgo de automatización», que nos lleva a fiarnos de aquellas sin ponerlas en cuestión²⁵. Este último sesgo está presente en todos los dominios computacionales, desde el software corrector ortográfico hasta los pilotos automáticos, y en toda clase de personas. De hecho, damos más valor a la información automatizada que a nuestras propias experiencias, incluso cuando aquellas y estas últimas colisionan²⁶. En el origen del sesgo de automatización subyace un sesgo más profundo: cuando tenemos que resolver un problema complejo y apenas disponemos de tiempo, nuestro cerebro prefiere el menor esfuerzo cognitivo, esto es, elige ponernos en las manos de los asistentes automatizados y en la ayuda que estos nos proporcionan casi instantáneamente²⁷. Confiamos en los sistemas de IA no solo porque seamos «avaros cognitivos», lo que nos lleva a tomar decisiones rápidas e intuitivas por pura comodidad, sino también porque nos resistimos a desconfiar de los sistemas percibidos por nosotros como inteligentes, aunque en realidad no lo sean del todo²⁸.

Tras este planteamiento introductorio, a la hora de desarrollar el presente trabajo voy a referirme a un doble plano, siguiendo la distinción que realiza CAVANILLAS MÚGICA²⁹: en primer lugar, los sesgos sufridos por los juristas cuando desempeñan sus funciones, es decir, cuando toman decisiones como juzgar, legislar o defender a un cliente. En segundo lugar, el jurista puede ser observador de los sesgos ajenos cuando los particulares adoptan determinadas decisiones con cierta trascendencia jurídica, por ejemplo, en cuanto consumidores. Debo hacer tres indicaciones previas. Como se verá, a veces resulta complicado respetar de modo rígido el doble plano mencionado, siendo inevitable que en algunos casos ambos se entremezclen dentro del trabajo. En segundo lugar, la lista de los sesgos cognitivos es extraordinariamente amplia, de modo que el presente trabajo se ciñe a la selección de los que me han parecido interesantes por su mayor

profesional los errores de lenguaje de personas extranjeras, migradas o refugiadas, así como las diferencias culturales de expresión (cit. pp. 112-113).

²⁴ VICENTE/MATUTE, «Humans inherit artificial intelligence biases», *Scientific Reports*, 6-13:15737, 2023 (<https://www.nature.com/articles/s41598-023-42384-8.pdf>).

²⁵ PONCE SOLÉ, «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial», cit.p. 177 y BRIDLE, *La nueva edad oscura. La tecnología y el fin del futuro*, Pérez Sánchez (traductor), Debate, Barcelona, 2020, p. 50.

²⁶ BRIDLE, *La nueva edad oscura*, cit.p. 50. Cita el siguiente ejemplo (cit.p. 52): un grupo de turistas japoneses, al intentar llegar a una isla de Australia, condujeron con un coche hasta una playa metiéndolo directamente en el mar porque su sistema de navegación por satélite les aseguraba que allí había una carretera.

²⁷ BRIDLE, *La nueva edad oscura*, cit.p. 53, el cual señala que «La computación no es una mera arquitectura; se ha convertido en la base misma de nuestro pensamiento».

²⁸ GARRIGUES WALKER/GONZÁLEZ DE LA GARZA, *Qué son los neuroderechos y cuál es su importancia para la evolución de la naturaleza humana. Reflexiones sobre el derecho, las neurotecnologías y la IA emergentes*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2024, p. 98.

²⁹ «Los sesgos del jurista (Una lección inaugural de curso)», *Blog Zona Bolonia*, 23/09/2016, pp. 1-9 (<https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos-el-jurista-una-leccion.html>). Reconozco en mí el sesgo de anclaje respecto al pionero trabajo desarrollado desde el derecho civil por Cavanillas Múgica, habiendo estado muy condicionada desde mi lectura inicial del mismo por la sugerente clasificación que hace de los sesgos cognitivos.

juego en la disciplina del derecho civil³⁰. Por último, hay sesgos, como el de género, de los que quizás pueda dudarse que entren en la clasificación estricta de los sesgos cognitivos, prefiriéndose su clasificación dentro de los sesgos sociales, pero en cualquier caso los he querido tratar por su trascendencia para determinados sectores del derecho civil.

2. Primer plano: sesgos sufridos por los profesionales del derecho en el ejercicio de sus funciones.

2.1. Sesgo del *statu quo*.

Diversos experimentos han probado que la energía mental humana es muy limitada, de modo que la realización de una actividad intelectual mínimamente exigente provoca que, posteriormente y como consecuencia de la fatiga cognitiva (*ego depletion*), tengamos menos capacidad de autocontrol y más probabilidad de sufrir sesgos cognitivos. En particular, el denominado sesgo del *statu quo*, que consiste en la resistencia a modificar el estado de las cosas tal cual está por el miedo que tenemos a perder y a arrepentirnos de nuestras conductas³¹. En cualquier caso, la preferencia por el *statu quo* no es fruto únicamente de factores irracionales e inconscientes, como el deseo de minimizar o evitar las emociones negativas que lleva consigo el alejamiento de aquél, sino también de ciertos factores racionales, como los costes que implica todo cambio³².

Un buen ejemplo es el estudio realizado en 2011 acerca de las decisiones de 8 cualificados jueces de vigilancia penitenciaria de Israel (dos de ellos mujeres) sobre concesión de libertad condicional. Tales jueces resolvían cada día una media de 22 peticiones de cambio de grado penitenciario de los presos. Emitieron 1.112 resoluciones judiciales durante 10 meses, identificándose en ellas un patrón común: al comienzo de la jornada y tras las pausas para desayunar y comer, las decisiones favorables a los presos eran del 65%, pero llegaban casi hasta cero justo con anterioridad a las pausas. Los jueces seguramente se veían afectados, a medida que transcurría su día de trabajo, por la fatiga cognitiva y esta les hacía ceder al sesgo del *statu quo* y, por tanto, favorecer las decisiones más comunes y menos arriesgadas para ellos, que eran las desfavorables a los presos³³. Los autores del estudio concluyen que la caricatura de que la justicia es lo que el juez desayunó podría ser muy apropiada para la toma de decisiones humanas en general³⁴.

2.2. Sesgo de halo y de *horn*.

³⁰ WIKIPENDIA, «List of cognitive biases» (disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases)

³¹ CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 1.

³² DOMÉNECH PASCUAL, «Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora», *InDret*, 2/2016, pp. 5-6.

³³ DANZINGER/LEVAV/AVNAIM-PESSO, «Extraneous factors in judicial decisions», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol. 108, Issue 17, 2011, pp. 6889-6892. El estudio es citado también por CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 2, que mantiene que sus conclusiones podrían extenderse perfectamente a los docentes cuando examinan a sus estudiantes.

³⁴ DANZINGER/LEVAV/AVNAIM-PESSO, «Extraneous factors in judicial decisions», cit.p. 6892.

Con frecuencia los individuos se forman impresiones globales, positivas o negativas, a partir de una sola característica de un sujeto (por ejemplo, la apariencia física). Esto es, se obtienen conclusiones positivas sobre una persona a partir de un cierto rasgo de la personalidad, capacidad o atributo (sesgo de halo), o bien negativas (sesgo de *horn*). En la aplicación al derecho de los efectos de tales sesgos, determinados estudios han probado que los abogados más atractivos ganan más salario que los demás, pero hay dudas sobre si las preferencias de los clientes por ellos derivan de su puro gusto por la discriminación o por su creencia correcta de que los jueces, jurados y otros abogados tratan a los abogados de mejor apariencia de forma más favorable, de modo que contratar a un abogado de buen aspecto llevará consigo finalmente ventajas patrimoniales para el cliente³⁵. Igualmente, respecto a las personas imputadas, parece existir en las salas de justicia, en virtud de estos sesgos, un trato más beneficioso para las más atractivas y peor hacia las de mayor peso³⁶. Ahora bien, la cuestión no es solo que los jueces o el jurado sean conscientes de este sesgo sufrido por ellos mismos, sino también que sean conscientes de que las decisiones de los individuos que van a ser objeto del litigio pueden estar impregnadas también del citado sesgo.

Los sesgos de halo y de *horn* igualmente poseen implicaciones en materia de contratación, pudiendo resultar ineficiente el proceso de selección. Si a una empresa llega el currículum de una persona que ha estudiado en una universidad de prestigio el reclutador puede pensar que se trata de un candidato serio y responsable (cuando en realidad ha conseguido su título a base de copiar y de pagar a empresas y colegas para que le hagan determinados trabajos). Lo contrario también puede suceder, de modo que es posible que se pierdan buenos candidatos a partir de impresiones negativas del reclutador, además del añadido de que la elección de los reclutadores puede ser discriminatoria frente a los otros candidatos. Datos como la procedencia social o económica de una persona, su sexo o género, su edad o la imagen en una fotografía son suficientes para que la subjetividad entre en juego. Por ello muchas empresas ya han puesto en marcha un sistema de currículum ciego o anónimo, de manera que solo se analiza la información objetiva que guarda relación con el puesto de trabajo, una vez omitidos los datos personales, como el nombre de la persona o su imagen³⁷.

³⁵ En este sentido BIDDLE/HAMERMESH, «Beauty, Productivity, and Discrimination: Lawyer's Looks and Lucre», *Journal of Labor Economics*, Volume 16, No. 1, 1998, p. 198. Sobre ello también CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 3, señalando la ausencia de datos en España sobre la influencia del sesgo estético en la justicia.

³⁶ Así, BEETY, «Criminality and Corpulence: Weight Bias in the Courtroom», *Seattle Journal for Social Justice*, Volume 11, Issue 2, 2013, pp. 523-553; PATRY, «Attractive but Guilty: Deliberation and the Physical Attractiveness Bias», *Psychological Reports*, Volume 102, Issue 3, 2008, pp. 727-733 y RUVA/GUENTHER, «Keep your bias to yourself: How deliberating with differently biased others affects mock-jurors' guilt decisions, perceptions of the defendant, memories, and evidence interpretation», *Law and Human Behavior*, Volume 41, Issue 5, 2017, pp. 478-493. Señalan MYERS/TWENGE, *Psicología social*, 13^a edición, McGrawHill, México, 2019, p. 509, que normalmente los hechos de un caso son lo bastante claros como para que los jurados puedan dejar de lado sus prejuicios y emitan un veredicto justo, pero cuando la prueba de los hechos resulta ambigua, es más fácil que los jurados la interpreten a través de sus sesgos preconcebidos y sientan compasión por un acusado que sea atractivo o que se parezca a ellos mismos.

³⁷ Ahora bien, se ha objetado que, a pesar de la bondad de dicho currículum ciego, la adopción del mismo no garantiza la inexistencia de sesgos discriminatorios en el proceso de selección del personal, porque tal proceso no se basa solo en los datos escritos en el currículum, sino que lo usual es que este constituya solo la primera fase. Además, como ya se ha comentado con anterioridad a propósito del caso de Amazon, si los procesos de preselección de los historiales curriculares se realizan a través de algoritmos, estos mismos pueden hallar el modo de elegir a los candidatos a través de la conexión con otros datos que aparecen incorporados dentro del historial, aun presentándose en forma neutra. Véase ASQUERINO LAMPARERO, «Algoritmos, procesos de selección y reputación digital: una mirada antidiscriminatoria», *Documentación Laboral*, núm. 126, 2022, pp. 125-126.

Más allá del ámbito de la contratación, cabe sostener que el sesgo estético en relación con la edad podría estar particularmente presente en el ámbito sanitario, tanto en facultativos (por ejemplo, la no solicitud de pruebas médicas muy costosas cuando se trata de una persona ya muy mayor) como en los propios jueces que conocen de litigios de responsabilidad civil sanitaria cuando la víctima posee una edad muy avanzada. Así, tiende tanto a minimizarse el posible error médico cuando la víctima es una persona mayor como a reducir la valoración de los daños a la hora de fijar la indemnización (lo contrario sucede cuando afecta a alguien que empieza la vida). Se ha apuntado en este sentido que hay una inconsciente minusvaloración de la salud de las personas mayores tanto por parte de facultativos como por parte de jueces (no, claro, por parte de los cercanos a jubilarse)³⁸.

Este tipo de sesgos, que cabe calificarlos como más sociales, y que están relacionados con el aspecto físico, la raza, la edad, el sexo o el género, la discapacidad u otras características análogas pueden ser consecuencia tanto del sistema de pensamiento rápido, automático o intuitivo como del lento, racional y deliberativo³⁹. En este último caso podría llegar a hablarse, incluso, de estereotipos, que son ideas compartidas dentro de un grupo social, que simplifican la realidad y que condicionan la percepción y el comportamiento de los individuos pertenecientes al grupo⁴⁰. El legislador es consciente de la existencia de estos sesgos y de estos estereotipos en los sujetos cuando estos últimos operan tanto en el ámbito público como en el privado, de modo que cabe afirmar que las políticas de igualdad y las normativas que se dictan conteniendo medidas antidiscriminatorias, de carácter general o específico, son un claro reflejo de que, efectivamente, existe este tipo de sesgos y pueden, en buena medida, conseguir el efecto de atenuarlo. Pensemos en una resolución dictada por un órgano administrativo por el que se deniega una vivienda de protección oficial o una ayuda social a una persona de raza negra o a una persona homosexual por el solo hecho de pertenecer a dichos colectivos.

a. *Medidas legales antidiscriminatorias dirigidas a atenuar los efectos de los sesgos de halo y de horn.*

A continuación, cito tres ejemplos de medidas antidiscriminatorias previstas por el legislador que podrían ser de utilidad para atenuar las consecuencias de dichos sesgos.

En primer lugar, la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, es aplicable tanto al sector público (que incluye expresamente la Administración General del Estado, Autonómica y Local y la Administración de Justicia) como al privado (personas físicas o jurídicas que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera

³⁸ CHAVES GARCÍA, «Viaje a la mente de un juez que afronta la responsabilidad sanitaria: Juicios, prejuicios, sesgos y otros atajos mentales», en Herrador Guardia (dir), *Responsabilidad médico-sanitaria*, Sepín, Madrid, 2022, p. 746.

³⁹ MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit.p. 264, citan como ejemplo el sesgo racial implícito e intuitivo, que puede reflejarse en el comportamiento. Lo han individualizado en personas que se toman más tiempo para identificar palabras positivas, como paz y paraíso, cuando las asocian a personas de raza negra en lugar de a personas de raza blanca. También se concreta en juzgar a solicitantes de trabajo de raza blanca de forma más favorable y en recomendarles mejores tratamientos en las salas de urgencia de los hospitales y, por el contrario, en ser más rápidos en experimentar enfado con personas de color.

⁴⁰ Según VELASCO CABALLERO, «Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del Derecho Administrativo», cit.pp. 117 y 121, una vez instalados los estereotipos en la conciencia social del grupo, se caracterizan por su rigidez y su resistencia al cambio.

que sea su nacionalidad, domicilio o residencia)⁴¹. Empiezo enumerando algunas hipótesis relacionadas con el ámbito del Derecho Privado.

¿Puede A negarse a celebrar un contrato de arrendamiento de su vivienda con B (que se caracteriza por su sobrepeso, ancianidad o pertenencia a una raza de color) y preferir celebrar ese contrato con C en cuanto este último no posee ninguna de las características antes apuntadas? O, ¿puede A, empresario, negarse a contratar a B (persona con discapacidad)? Los dos ejemplos mencionados pueden ser fruto de una decisión racional, clara, consciente y meditada por parte de A de no querer contratar con B, pero detrás de tal negativa puede subyacer también un sesgo inconsciente al tomar la decisión de forma intuitiva, rápida y automática. En cualquier caso, ambos ejemplos parecen estar muy relacionados igualmente con el denominado sesgo de grupo, que nos induce a una sobrevaloración de los colectivos de los que formamos parte (y, por tanto, a una infravaloración de los que son diferentes a nosotros).

Desde el punto de vista sustantivo en los supuestos antes citados se plantea, además, idéntico problema jurídico: el conflicto entre la autonomía privada (en sus diversas manifestaciones de la libertad para contratar o no y para seleccionar al cocontratante) y el principio de no discriminación. Los ejemplos antes citados aluden a la fase de formación del contrato, pero, por supuesto, es un problema que puede darse en todas las fases de la vida del mismo, aunque las situaciones discriminatorias surgen, sobre todo, bien en la fase precontractual mediante la negativa a celebrar el contrato, bien cuando se fija el contenido de éste dando un trato distinto más gravoso a un sujeto que a otro sin causa justificada⁴².

La libertad de contratar encuentra su apoyo constitucional tanto en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) como en la libertad en cuanto valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), mientras que el principio de no discriminación se sustenta en el artículo 14 CE («Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»). En los dos ejemplos antes citados, aunque se trata de un conflicto entre derechos en las relaciones jurídico-privadas, en el primer caso estamos ante un contrato civil (arrendamiento) y en el segundo ante un contrato de trabajo, el cual, al caracterizarse por el desequilibrio entre las dos partes contratantes (empresario y trabajador), posibilita justificar *ab initio* un mayor impacto del principio de no discriminación⁴³.

⁴¹ «BOE» núm. 167, de 13/07/2022. También se ha dictado en la misma línea la Ley 4/2023 de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI («BOE», núm. 51, de 1/3/2023).

⁴² Así, VIVAS TESÓN, «El derecho contractual antidiscriminatorio: drittewirkung y libertad negocial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, N. 1, 2021, p. 673.

⁴³ Sobre el problema en general de la *Drittewirkung* (eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares), muy tratado e imposible de desarrollar por el objeto del presente *paper*, pueden consultarse, entre otros trabajos, algunos más antiguos, como los de ALFARO AGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, fasc. I, 1993, pp. 57-122 y AGUILERA, *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; y otros más recientes, como los de ALFARO AGUILA-REAL, «De nuevo sobre la Drittewirkung de los derechos fundamentales», *Almacén de Derecho*, 20 de diciembre de 2017 (disponible en <https://almacendedderecho.org/nuevo-la-drittewirkung-los-derechos-fundamentales>); BERMEJO GUTIÉRREZ, «Fundamental Rights and Horizontal Direct Effect under the Charter», en Izquierdo-Sans/Martínez-Capdevila/Nogueira-Guastavino (eds), *Fundamental Rights*

En particular, la aplicación del principio de igualdad y no discriminación al contrato, figura que ha sido desde el punto de vista histórico la máxima expresión de la autonomía de la voluntad, se presenta hoy como una cuestión de relevancia en la medida en que el legislador español ha vuelto a pronunciarse de forma reciente a través de la ya aludida Ley 15/2022. Cabe preguntarse qué implica como novedad el principio de igualdad y no discriminación en cuanto límite a la autonomía de la voluntad contractual respecto a los límites tradicionales a la misma previstos en el artículo 1255 del Código Civil español (la ley, la moral y el orden público). No parece haber ningún cambio de entidad desde el punto de vista estructural, al constituir un límite más al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Pero desde el punto de vista sustantivo sí lo hay: el principio de igualdad y no discriminación no es una norma de orden público más, sino una norma que impone una nueva función del contrato y que implica la necesidad de que exista coherencia entre tal figura y los valores y principios que constituyen el fundamento del derecho civil, que no es otro que el respeto a la dignidad de la persona⁴⁴.

La Ley 15/2022 introduce una cláusula general enumerando todos los posibles factores de riesgo de una discriminación, sin distinguir una jerarquía entre ellos, tal y como se desprende de su artículo 2.1 (relativo al ámbito subjetivo legal):

«Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Como cuestión interesante se ha planteado si, frente a la actual opción del legislador, no hubiera sido más conveniente, de cara a darles un tratamiento diferenciado y específico, distinguir aquellos casos en que el hecho discriminatorio ha fundamentado históricamente la determinación del estatus jurídico de las personas o ha hecho peligrar la supervivencia de un determinado colectivo en la sociedad (piénsese en el sexo o en la raza), de otros en que no ha sido así (la edad)⁴⁵. La doctrina aparece dividida en este sentido. La opción favorable a un

Challenges. Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation, Springer, Switzerland, 2021, pp. 51-74 y BARBA, *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023.

⁴⁴ En este sentido BARBA, *Principio de no discriminación y contrato*, cit. pp. 193-194.

⁴⁵ Cabe citar como ejemplo de un supuesto en que podría ponerse en peligro la supervivencia de un determinado colectivo al negarse de modo sistemático a contratar con él el conocido caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* de 4 de junio de 2018 [ALFARO AGUILA-REAL, «El caso del pastelero que no quería hacer el pastel de boda a una pareja gay», *Almacén de Derecho*, 5 de julio de 2018 (<https://almacen.derecho.org/caso-del-pastelero-no-queria-pastel-boda-una-pareja-gay>)]. En este supuesto el pastelero demandado alegó motivos religiosos para negarse a hacer un pastel de boda a una pareja gay, que le denunció ante la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Colorado, la cual falló a favor de los denunciantes y le impuso la obligación de contratar. Tal obligación es confirmada por los tribunales de Colorado. Como señala Alfaro, el Tribunal Supremo no decidió en cuanto al fondo, limitándose a sostener que no se habían respetado las creencias religiosas del pastelero, pero sí que se pronunció abiertamente sobre el riesgo de que, si se estimara lícita la discriminación, esta pudiera tener consecuencias en el acceso de este colectivo a los bienes y servicios. Recientemente se ha dictado por el Tribunal Supremo norteamericano la sentencia 303 *Creative LLC et al. v. Elenis et al.*, 30 de junio de 2023, que ha dado la razón a una diseñadora de páginas de internet y única propietaria de 303 *Creative LLC, Lorie Smith*, cuando interpuso una demanda alegando que la *Colorado Anti-Discrimination Act* violaba su derecho a la libertad de expresión recogido en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. En concreto, señaló que, habiendo decidido ampliar su oferta e incluir servicios para parejas que buscan sitios web para sus bodas, no quería que el Estado la obligara

tratamiento diferenciado se apoya en la distinción hecha hasta el momento por las Directivas europeas entre los diferentes factores de riesgo centrándose en la raza, el origen étnico, el sexo o el género (Directivas 2000/43/CE de 29 de junio relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro)⁴⁶. Frente a esta primera tesis, se ha alabado que el legislador español haya considerado todos los posibles factores de riesgo al mismo nivel, constituyendo la expresión final del artículo 2.1 de la Ley 15/2022 («cualquier otra condición o circunstancia personal o social») una verdadera cláusula general, una lista abierta capaz de adaptarse a todas las nuevas realidades que puedan aparecer. Se considera desde esta última perspectiva que el principio de no discriminación debe tener un contenido amplio, entendiendo que las restricciones de las directivas europeas a determinados factores como la raza, el origen étnico, el sexo o el género solo deben estimarse como emblemáticas o útiles al ofrecer manifestaciones de medios para acreditar la discriminación, pero que, en todo caso, el legislador europeo debería tomar como ejemplo la regulación integral del español⁴⁷.

La 15/2022 mantiene un concepto amplio de discriminación en el artículo 6 (abarcando la discriminación directa e indirecta, discriminación por asociación y por error, discriminación múltiple e interseccional, acoso discriminatorio, inducción, orden o instrucción de discriminar, medidas de acción positiva y segregación escolar) y, como no podía ser de otra forma, excluye la existencia de discriminación cuando la diferencia de trato puede justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (artículo 4.2).

Otra cuestión interesante a plantearse, ya dentro del ámbito objetivo de la Ley 15/2022, son los casos en los que señala el legislador en el artículo 3.1 que, en materia de contratación privada, prevalece el principio de no discriminación frente a la autonomía privada:

- «k. acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar».
- «l. acceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público».

Se ha preguntado la doctrina, con razón, si ello significa que solo en estos casos concretos prevalece el principio de no discriminación frente al principio de la autonomía privada y, si es

a crear dichos sitios web para parejas del mismo sexo yendo en contra de sus creencias religiosas sobre el matrimonio. Consultese en https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476_c185.pdf.

⁴⁶ En este sentido GREGORACI FERNÁNDEZ, «Recensión al libro de Vincenzo Barba, *Principio de no discriminación y contrato*», *ADC*, Tomo LXXVII, fasc. II, 2024, p. 872. Con anterioridad a la Ley 15/2022, mantiene que algunos tipos de discriminación, como el sexo y la discapacidad, deben tratarse de forma autónoma al no ser totalmente subsumibles en la problemática genérica de la discriminación GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en García Rubio/Valpuesta Fernández (dirs), *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1078. En la misma línea más restrictiva estarían también inicialmente los artículos II.-2:101 y II.-2:105 del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR) [véase VON BAR/CLIVE (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Vol. I, Sellier, Munich, 2009, pp. 165 y 195]. Pero es preciso apuntar que en el comentario al primero de los preceptos se explica (cit.p. 165) que la limitación de las citadas reglas del derecho a la no discriminación al sexo, etnia o raza solo refleja la actual situación del Derecho europeo en el ámbito de los contratos, pero ello no implica en absoluto la afirmación de que no pueda extenderse a otros hechos discriminatorios, tal y como sucede en otros países.

⁴⁷ BARBA, *Principio de no discriminación y contrato*, cit.pp. 36 y 181.

así, se pone en cuestionamiento si ha actuado de modo correcto el legislador o si, por el contrario, la prevalencia del principio de no discriminación en la contratación privada debería ir más allá de dichos supuestos⁴⁸. Por otra parte, se ha puesto de relieve las consecuencias negativas que pudiera tener la ligazón, incluida en la aludida letra k), de la referencia al acceso y suministro de bienes y servicios con la expresión «a disposición del público». Parece que lleva a interpretar que el principio de no discriminación solo pudiera jugar en la contratación en masa, en la que el bien o el servicio se ofrece por un profesional o empresario al público. Y, si bien es cierto que la principal hipótesis en la que puede darse la discriminación en materia contractual es en este tipo de casos, ello desde luego no debería permitir excluir de entrada la posibilidad de que una discriminación igualmente opere en otro tipo de contratación privada⁴⁹.

Una fórmula similar, «disponibles para el público», se encontraba ya presente en el artículo 69.1 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, que desarrolla el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso a bienes y servicios y a su suministro⁵⁰ («Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo»), que, a su vez, se tomó directamente del artículo II-2:101 DCFR. Tal expresión significa para García Rubio⁵¹ que el bien o el servicio en cuestión se ofrezca «al público» y no a una o varias personas en concreto, de modo que se ha interpretado por doctrina mayoritaria que solo caen en el ámbito de protección legal las actividades llevadas a cabo por profesionales o comerciantes. A su vez el requisito de que «sean ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar» [también incluido ahora en el artículo 3.1.k) LO 15/2022] se ha entendido a favor de que la normativa no sea aplicable a las transacciones realizadas entre particulares en un ámbito puramente privado, como el alquiler de una vivienda de vacaciones a un miembro del mismo grupo familiar que el arrendador⁵².

Cabe citar, a continuación, un segundo ejemplo de políticas antidiscriminatorias. En la actualidad, aunque las enfermedades de salud mental son las patologías sin duda con mayor estigmatización en la sociedad, en los últimos años otras patologías ligadas con problemas conductuales, como el sobrepeso u obesidad, también padecen este proceso de estigmatización social, pasando hoy a ser un problema de salud pública de primer orden. El estigma vinculado al sobrepeso u obesidad se relaciona no sólo con las repercusiones clínicas que genera en los individuos con exceso de peso corporal, sino también con la discriminación y el rechazo, individual y socialmente aceptado, que daña a las personas que se encuentran en esta circunstancia. Entre las causas de tal estigmatización se halla la creencia errónea de que la obesidad es una patología en la que la persona puede controlar de forma unilateral su enfermedad, cuando en realidad sobre ella influyen una gran cantidad de factores de todo tipo

⁴⁸ GREGORACI FERNÁNDEZ, «Recensión al libro de *Principio de no discriminación y contrato*», cit.p. 873.

⁴⁹ BARBA, *Principio de no discriminación y contrato*, cit.p. 184.

⁵⁰ «BOE» núm. 71, de 23/3/2007.

⁵¹ GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit.pp. 1087-1088.

⁵² GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit.p. 1088, sin embargo, afirma que, a su juicio, no cabe admitir de forma tajante que quien ofrece bienes y servicios en un marco más estricto que el mercado general pueda discriminar a otros sujetos.

(ambientales, genéticos, psicológicos, entre otros). Con frecuencia a una persona con sobrepeso u obesidad se la asocia, de forma intuitiva e inconsciente muchas veces, con una persona «vaga», «sin fuerza de voluntad», «sin autodisciplina», etc., aunque por supuesto estos argumentos no poseen evidencia científica⁵³.

Consciente el legislador de la discriminación y el rechazo que puede generar la obesidad, ha introducido una norma antidiscriminatoria que posibilita atenuar o suprimir el sesgo estético; así, el artículo 37 (Prohibición de discriminación) de la Ley 17/2011 de 5 de julio de seguridad alimentaria y nutrición⁵⁴:

- «1. Está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad.
- 2. Se considera discriminación directa por esta razón, la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
- 3. Se considera discriminación indirecta, por esta razón, la situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros pone a las personas con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse, objetivamente, en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.
- 4. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sobrepeso u obesidad.
- 5. Los actos y cláusulas, que constituyan o causen discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, se considerarán nulos y sin efecto.
- 6. Los poderes públicos adoptarán medidas específicas, a favor de las personas con sobrepeso u obesidad, para corregir situaciones patentes de desigualdad, así como medidas de intervención y fomento para la prevención y tratamiento de la obesidad, especialmente, de la obesidad infantil y de otros trastornos alimentarios».

El tercer y último ejemplo de indicación antidiscriminatoria por parte del legislador es el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 17/2013 de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social⁵⁵, que establece una cuota de reserva de trabajo en beneficio de personas con discapacidad, que es obligatoria para empresas públicas y privadas con 50 o más trabajadores:

- «1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal (...).
- 2. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia».

⁵³ BENÍTEZ BRITO *et al.*, «Estigmatización de la obesidad: un problema a erradicar», *Revista Española de Nutrición Humana y Dietética* [online], vol. 25, n.1, 2021, p. 6 (<https://dx.doi.org/10.14306/renhyd.25.1.1271>)

⁵⁴ «BOE», núm. 160, de 6/07/2011. Ejemplo legislativo citado por CAVANILLAS, «Los sesgos del jurista», cit.p. 3.

⁵⁵ «BOE», núm. 289, de 03/12/2013.

Este precepto legal conduce a la problemática de la validez de las cuotas rígidas (reservas de plaza o medidas de discriminación inversa), polémica en la que es imposible profundizar aquí, de modo que me limitaré a realizar unas breves observaciones sobre ello. En el momento actual se ha producido una evolución desde el concepto de igualdad estrictamente formal ligado al Liberalismo económico del siglo XIX hacia una nueva comprensión de dicho concepto que, para identificarse con la justicia sustantiva, necesariamente ha de incluir la diferencia y el derecho a su reconocimiento. La igualdad debe tomar en consideración las diferencias que se dan en la realidad, tanto para tutelarlas cuando impliquen un bien como para suprimirlas cuando supongan una injusticia⁵⁶. La aproximación al concepto de igualdad como diferencia se ha plasmado ya en algunas técnicas, como la discriminación positiva o inversa. Esta última expresión alude a un trato jurídico diferente y favorable que se proporciona a los miembros de un grupo fácticamente desventajado que lleva consigo, correlativamente, un trato jurídico concreto, diferente y peor, para uno o varios miembros del grupo mayoritario⁵⁷. La justificación normativa para el trato diferenciado es la consecución de la igualdad sustancial o real recogida en el artículo 9.2 CE 1978⁵⁸.

Este tipo de medidas, en cuanto implican un trato diferente ventajoso para un determinado colectivo basado en uno de los rasgos mencionados en el artículo 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier condición personal o social), han de superar un examen de constitucionalidad, que consiste en la exigencia de que se trate de una medida idónea, necesaria y proporcional⁵⁹. Así, en primer lugar y en relación con la idoneidad, para justificar una medida que implica el uso de un rasgo incluido en el artículo 14 CE y que lleva consigo, como efecto colateral, el perjuicio directo a otros ciudadanos que no pertenecen al colectivo protegido al no poseer tal rasgo, dicha medida ha de tener como objetivo un propósito fundamental para el Estado; esto es, tal fin ha de ser una prioridad básica para la sociedad. De este modo, el mandato a los poderes públicos de promoción de la igualdad real y efectiva previsto en el artículo 9.2 CE es estimado como fin constitucionalmente lícito para justificar determinados tratamientos normativos diferenciados⁶⁰. El juicio de necesidad, en segundo lugar, implica que no ha de existir otro medio igualmente eficaz y menos limitativo de derechos para satisfacer la finalidad perseguida por la medida. Esto es, no cabrá aplicar una determinada medida de discriminación positiva si hay otra medida menos onerosa con la que alcanzar el mismo objetivo. La tercera

⁵⁶ En este sentido DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 350.

⁵⁷ REY MARTÍNEZ, «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, septiembre-diciembre 2017, p. 144.

⁵⁸ La función del artículo 9.2 CE («Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social») es una función legitimadora de acciones igualadoras a las que pueden proceder los poderes públicos. El juego del artículo 9.2 CE en las decisiones del Tribunal Constitucional se combina, en ocasiones, con el artículo 14 CE (prohibición de discriminación). Al respecto FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Comentario al artículo 9.2 CE», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer/Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la CE 1978, XL aniversario*, tomo I, Fundación Wolters-Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 166-167 y 170.

⁵⁹ Consultese GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 165.

⁶⁰ En este sentido MARTÍN VIDA, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003, p. 116 nota 17.

condición para superar el escrutinio de constitucionalidad es que esa medida sea proporcional para la consecución de cierto fin.

Entre las medidas de discriminación positiva se hallan las cuotas rígidas, es decir, aquellas a las que se refiere el artículo 42 del RDL 17/2013 antes mencionado. Suelen consistir en una preferencia automática del miembro del colectivo infrarrepresentado por su condición de tal, a través de cuotas reservadas, para la obtención de bienes escasos e indivisibles de la sociedad (como, por ejemplo, los puestos o plazas de trabajo). Y ello, incluso, si su cualificación es menor que la de miembros del colectivo dominante, aunque es cierto que suele requerirse una cualificación mínima necesaria para poder acceder a la plaza o puesto de trabajo. Las cuotas rígidas podrían provocar con mayor facilidad que otras clases de medidas de discriminación inversa una serie de consecuencias negativas, que se han calificado como objeciones sociológicas. Así, dentro de un primer grupo de objeciones, cabe enumerar la hostilidad frente al grupo favorecido y la estigmatización de los sujetos beneficiados, conduciendo con tales medidas a fines distintos a los pretendidos inicialmente. Un segundo grupo de objeciones se centran en el nacimiento de sentimientos de falta de autoestima y de inferioridad en el propio grupo favorecido y en la posible reducción de la eficacia de los servicios en cuanto se favorece con estas medidas a quienes no son necesariamente los más competentes⁶¹.

Otra objeción del mismo carácter sociológico de las anteriores es la denominada «pendiente resbaladiza», ya que una vez abiertas estas medidas a un grupo, cabe preguntarse por qué no se abren a otros. En este sentido se ha argumentado cómo, frente al colectivo de las mujeres y en relación con las personas con discapacidad, la sociedad española parece haber interiorizado perfectamente la medida legal consistente en la reserva obligatoria de puestos de trabajo para éstas últimas tanto en la empresa pública como privada⁶². Un hecho diferencial sustancial en relación con las medidas de discriminación inversa respecto a las personas con discapacidad es que el propio Tribunal Constitucional español se ha pronunciado a favor de las mismas en su sentencia 269/1994 de 3 de octubre⁶³.

2.3. Sesgo retrospectivo.

Los profesionales del derecho y, en particular, los jueces, son más propensos a padecer este sesgo (*hindsight bias*) en cuanto el objeto de su función suele ser el análisis de hechos del pasado que han tenido alguna consecuencia de relevancia. El conocimiento del resultado de una acción por el individuo lleva consigo un inmediato cambio de perspectiva, de modo que tal resultado le parece ya predecible e inevitable y proyecta su nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo

⁶¹ RUIZ MIGUEL, «Discriminación inversa e igualdad», en Valcárcel (coord.), *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p. 84.

⁶² Así, ROMERO RÓDENAS, «La mujer en la universidad: un grupo históricamente discriminado», *The Conversation*, 07/07/2019 (<https://theconversation.com/la-mujer-en-la-universidad-un-grupo-históricamente-discriminado-119792>) (fecha de consulta: 2/12/2024).

⁶³ «BOE» núm. 267, de 8 de noviembre de 1994. Unas reflexiones sobre este fallo en RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Discriminación positiva y profesorado universitario. Especial atención al acceso y promoción de la función pública», en Perdices Huetos/Ortega Bernardo (coords), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 24, BOE, Madrid, 2020, pp. 294-296.

consciente de la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre lo acontecido⁶⁴. FARNSWORTH denomina a este sesgo «determinismo malicioso» en cuanto que, cuando se conoce el resultado, la mente se centra en todas las causas que han coadyuvado a que el mismo se produjera y relativiza factores que habrían devenido importantes si el resultado hubiera sido otro distinto⁶⁵. BARUCH FISCHHOFF⁶⁶ da cuenta de un experimento sobre este sesgo: los autores de un estudio contaban a los participantes voluntarios en el mismo una batalla real en el siglo XIX entre los ingleses y los gurkas del Nepal. Les narraban las circunstancias de la batalla y les solicitaban que estimaran la probabilidad de que se dieran unos resultados distintos (victoria de los ingleses, victoria de los gurkas o algún escenario diferente de callejón sin salida). La parte del grupo a la que se le había contado el resultado final de la batalla (victoria de los ingleses) tendieron mayoritariamente a sostener que eran los ingleses quienes mayores posibilidades tenían de ganar. Análogos experimentos y resultados se han llevado a cabo con profesionales del derecho⁶⁷, dudándose sobre si estos últimos pueden controlar más dicho sesgo que las personas no juristas⁶⁸.

El sesgo retrospectivo posee claras implicaciones jurídicas. Así, conduce en general a que los demandados parezcan más culpables de lo que en realidad son. Existe incluso el riesgo de que los jueces y jurados puedan considerar responsables a aquellos demandados que intentaron evitar una conducta negligente tomando todas las razonables precauciones en el momento de la causación del accidente. Pero el sesgo no solamente puede provocar injusticias, sino que también puede tener consecuencias económicas, de modo que cualquier potencial demandado que sea consciente de las implicaciones del sesgo podría intentar evitar su responsabilidad futura adoptando un exceso de precauciones, en muchos casos costosas e innecesarias⁶⁹. A veces es el mismo legislador o los mismos jueces los que conscientemente legislan o resuelven litigios de forma antirretrospectiva⁷⁰. Ahora bien, numerosos estudios han demostrado que resulta muy complejo llevar a cabo juicios sobre lo acontecido abstrayéndose por completo del resultado, de tal forma que la mayoría de las medidas propuestas para contrarrestar los efectos de este sesgo logran, como mucho, mitigarlo de modo parcial, pero nunca eliminarlo por completo⁷¹.

⁶⁴ CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo en el enjuiciamiento de la actividad médica», en Gil Membrado (dir y coord), *Bioderecho y Retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 339 y «Los sesgos del jurista», cit.p. 4 y MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales», cit.p. 6. Por su parte RACHLINSKI, «A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 65, 1998, p. 571, afirma que «Nothing is so easy as to be wise after the event».

⁶⁵ *El analista jurídico*, cit.p. 285.

⁶⁶ «Hindsight [not=] Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty», *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, Vol. 1 No.3, 1975, pp. 289-290.

⁶⁷ STROHMAIER/PLUUT/VAN DEN BOS/ADRIAANSE/VRIESENDORP, «Hindsight bias and outcome bias in judging director's liability and the role of free will beliefs», *Journal of Applied Social Psychology*, No. 51, 2021, pp. 141-158, en un contexto donde la quiebra de las empresas ha sido frecuente tras el COVID 2019, han demostrado que los jueces y abogados están sujetos a este sesgo cuando analizan la responsabilidad del director de la empresa que ha quebrado.

⁶⁸ CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo en el enjuiciamiento de la actividad médica», cit.p. 340.

⁶⁹ RACHLINSKI, «A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight», cit.p. 572.

⁷⁰ CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 4.

⁷¹ MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales», cit.p. 6.

a. *Medidas legales antirretrospectivas.*

Cito primero dos ejemplos de normas antirretrospectivas que se encuentran en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU)⁷², y que se han de emplear por el juez cuando resuelve litigios en los que se plantea la responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos.

El primer ejemplo es el artículo 137.3 del TRLGDCU:

«Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada».

Este precepto es fruto de la transposición al derecho español del artículo 6.2 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos: «Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado». Ambos preceptos confirman, pues, que el juicio sobre el carácter defectuoso del producto ha de llevarse a cabo en el momento, ya pasado, de su puesta en circulación⁷³.

Un producto que no era defectuoso en el momento en que se puso en circulación no se transforma en defectuoso por el solo motivo de verse superado o perfeccionado en versiones posteriores del mismo⁷⁴. Por tanto, las mejoras que pueda haber introducido el fabricante en el producto tras la puesta en circulación del mismo no pueden considerarse por el juez, a posteriori, como única prueba de que no se observaron las medidas de seguridad necesarias en el momento de la citada puesta en circulación. El mantenimiento de la tesis contraria tendría, por una parte, consecuencias negativas desde el punto de vista económico en cuanto se desincentivaría la innovación por parte de los fabricantes y, por otra parte, a los futuros clientes de tal producto se

⁷² «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.

⁷³ PARRA LUCÁN, «Comentario al artículo 137 TRLGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, p. 1969, explica que la presente regla fue incorporada en la Directiva para evitar situaciones análogas a las planteadas entre los tribunales norteamericanos, donde la introducción posterior por el fabricante de dispositivos de seguridad fue interpretada como un reconocimiento de inseguridad en los previos diseños del producto. Tal regla buscaba «eludir la aplicación de los estándares de seguridad de hoy a los productos de ayer». Cita el ejemplo de los cinturones obligatorios de seguridad en la parte trasera del coche, que no ha supuesto de modo automático la responsabilidad de los fabricantes de vehículos por los daños sufridos por los pasajeros de modelos más antiguos todavía en circulación.

⁷⁴ MACÍA MORILLO, «Comentario al art. 137 TRLGDCU», en Cañizares Laso (directora), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2011. SALVADOR CODERCH/RAMOS GONZÁLEZ, «Capítulo IV: Defectos de producto», en Salvador Coderch/Gómez Pomar (eds), *Tratado de Responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 169, recuerdan que en todo caso el fabricante tiene un deber, de acuerdo a las normas generales de la responsabilidad civil (artículo 1902 del Código Civil), de advertir acerca de los riesgos conocidos tras la comercialización y antes del accidente, y de incorporar las medidas de seguridad razonables susceptibles de evitar o atenuar el riesgo de accidente. Se pronuncian en igual sentido SALVADOR CODERCH/SOLÉ FELIU, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 54.

les impediría con ello salir beneficiados de las mejoras posteriores introducidas ya en el momento de su compra del producto⁷⁵.

Parecía claro también a la doctrina, en virtud del párrafo tercero del artículo 137 TRLGDCU, que el perjudicado, si reclamaba la responsabilidad del fabricante por el producto defectuoso, no podía limitarse a probar la existencia de una comercialización posterior más perfeccionada del producto, pero ello no le impedía acreditar otros extremos distintos por los que consideraba que el producto ya era defectuoso en el momento de su puesta en circulación. De este modo una corrección posterior en el diseño en la presentación del producto puede constituir un indicio de que ya con anterioridad era defectuoso⁷⁶; igualmente lo puede ser la previa existencia de otros productos más perfeccionados en el momento de la puesta en circulación de un determinado producto⁷⁷.

La nueva Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo⁷⁸, da la siguiente redacción al artículo 7.3, con un contenido más amplio que recoge ya buena parte de las apreciaciones doctrinales indicadas en relación con el artículo 6.2 de la Directiva 85/374/CEE:

«Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que un producto mejor, incluidas las actualizaciones o mejoras para un producto, ya se haya introducido en el mercado o puesto en servicio, o se introduzca en el mercado o se ponga en servicio posteriormente».

La justificación de la nueva redacción aparece recogida en el Considerando (35): «En interés de dar una amplia oferta a los consumidores y con el fin de fomentar la innovación, la investigación y el fácil acceso a las nuevas tecnologías, la existencia o posterior introducción en el mercado de un producto mejor no debe llevar por sí misma a la conclusión de que un producto es defectuoso. De manera similar, el suministro de actualizaciones o mejoras para un producto no debe llevar por sí solo a la conclusión de que una versión anterior del producto es defectuosa».

Un segundo ejemplo de intervención legislativa para evitar la influencia del sesgo retrospectivo se halla en el artículo 140.1 e) TRLGDCU, que regula los «riesgos del desarrollo», en virtud del cual el fabricante quedará exonerado de responsabilidad si prueba:

«e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación (del producto) no permitía apreciar la existencia del defecto».

⁷⁵ MUÑOZ ARANGUREN, «Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica», *InDret* 4/2019, pp. 36-37.

⁷⁶ MACÍA MORILLO, «Comentario al art. 137 TRLGDCU», cit.p. 2011, considera que también puede ser significativa la retirada posterior del producto del mercado por el propio fabricante. Véase en este sentido la STS 105/2021, Civil, de 1 de marzo (ECLI: ES:TS:2021:758. Ponente: M^a Angeles Parra), que condena a la fabricante entendiendo que el producto era defectuoso y que tal retirada posterior voluntaria de la prótesis de cadera se debía a una tasa de cirugías de revisión mayor a la esperada: «La retirada del producto puede evidenciar que ya en el momento de su puesta en circulación el producto no cumplía las expectativas legítimas de seguridad, porque sus riesgos y efectos adversos eran superiores a los beneficios que ofrecía, en particular en comparación con otros productos que ya se estuvieran usando con la misma finalidad (...)» (fundamento sexto).

⁷⁷ SALVADOR CODERCH/ RAMOS GONZÁLEZ, «Capítulo IV: Defectos de producto», cit.p. 169.

⁷⁸ «DOUE» núm. 2853, de 18 de noviembre de 2024, pp. 1-22.

Es decir, en el supuesto de hecho de la norma el defecto existe en el instante de la puesta en circulación del producto, lo único que aquel no era cognoscible conforme al estado de la técnica y de la ciencia de tal momento. En la línea marcada por la Directiva 85/374/CEE, el supuesto de la letra e) forma parte del listado taxativo de causas de exoneración de la responsabilidad del productor incluidas en el citado artículo 140 TRLGDCU⁷⁹. Aunque el artículo 15.1º.b de la citada Directiva dejaba margen para que los Estados miembros optasen, al transponerla, por no contemplar esta causa de exoneración consistente en los riesgos del desarrollo, finalmente el legislador español decidió admitirla para los fabricantes de naturaleza privada, con la excepción recogida en el apartado tercero del citado artículo 140, que señala que no pueden alegar la causa de exoneración de los riesgos del desarrollo los productores de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano⁸⁰.

La Directiva (UE) 2024/2853 señala en su artículo 11.1 que los operadores económicos a que se refiere el artículo 8 no serán responsables de los daños causados por un producto defectuoso si demuestran, entre otras circunstancias señaladas, «que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o durante el periodo en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía detectar el carácter defectuoso» (letra e)⁸¹. Pero, de igual manera que la Directiva 85/374, el artículo 18 de la Directiva nueva permite que los Estados miembros puedan excluir la aplicación de la exoneración de la responsabilidad por riesgos de desarrollo. Ahora bien, los Estados que decidan excluir la exoneración por tales riesgos, conforme al citado precepto habrán de restringir la exoneración a categorías concretas de productos, justificar la exclusión por motivos de interés público y limitar la exclusión con criterios de proporcionalidad⁸².

Hay cambios de relevancia en el nuevo artículo 11 respecto al anterior. Por una parte, señala el Considerando (50) de la Directiva (UE) 2024/2853 que el momento de la introducción en el mercado o de la puesta en servicio es normalmente el momento en el que un producto sale del control del fabricante. Pero que, como las tecnologías digitales permiten a los fabricantes ejercer el control más allá del momento de la introducción del producto en el mercado o de la puesta en servicio, los fabricantes podrán seguir siendo responsables de las deficiencias originadas tras dicho momento como resultado de programas informáticos o servicios conexos que se hallen

⁷⁹ La introducción del listado taxativo de las causas de exoneración de responsabilidad del fabricante en ambos preceptos, comunitario y español, se debe a la búsqueda del equilibrio en el reparto de riesgos entre perjudicado y productor, constituyendo una contrapartida al régimen más severo de responsabilidad objetiva previsto para este último. Véase AZPARREN LUCAS, «Comentario al artículo 140 TRLGDCU», en Cámara Lapuente (dir), *Comentarios a las Normas sobre Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 1221.

⁸⁰ PARRA LUCÁN, «Comentario al artículo 140 TRLGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, p. 2033, critica el diferente trato recibido por los productos sanitarios respecto a los medicamentos.

⁸¹ En la Directiva (UE) 2024/2853 se introduce el supra concepto de «operador económico», que es definido en el artículo 4 (15) como «todo fabricante de un producto o componente, prestador de un servicio conexo, representante autorizado, importador, prestador de servicios logísticos o distribuidor», justificándose tal ampliación en los Considerandos (36) a (38) en la necesidad de tutela de las personas físicas (consultese también el artículo 8). Sobre la entonces Propuesta de Directiva véase, refiriéndose a tal supra concepto, MARTÍN CASALS, «Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret* 3/2023, p. 26.

⁸² Señala GÓMEZ LIGÜERRE, «La nueva Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *La Ley Unión Europea*, Nº 133, Febrero 2025, p. 6, que habrá que esperar la manera en que interpretará el Tribunal de Justicia tales limitaciones a la libertad de los legisladores nacionales.

bajo su control, ya sea en forma de actualizaciones o mejoras o de algoritmos de aprendizaje automático. Debe estimarse que estos programas informáticos o servicios conexos se encuentran bajo el control del fabricante cuando él hace el suministro directamente o cuando él autorice o de cualquier manera consienta su suministro a un tercero⁸³.

Igualmente los cambios en el artículo 11.1.e se explican en el Considerando (52) de la nueva Directiva: «En aras de un reparto equitativo de los riesgos, los operadores económicos deben quedar exentos de responsabilidad si demuestran que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, determinado con referencia al nivel más avanzado de conocimiento objetivo accesible y no al conocimiento efectivo del operador económico en cuestión, durante el periodo en que el producto estaba bajo el control del fabricante, era tal que no podía detectarse su carácter defectuoso»⁸⁴.

Ni la Directiva 85/374/CEE ni el TRLGDCU contienen una definición del concepto «conocimientos científicos y técnicos». Tal expresión, como explicaba Solé Feliu, estaba formada por dos términos diferentes, que habían de evaluarse de forma conjunta para determinar si objetivamente podía apreciarse el defecto en el producto concreto. Así, el estado de la ciencia es el conjunto de conocimientos teóricos, independientemente de si han sido objeto de aplicación práctica. Y el estado de la técnica está formado por el conjunto de conocimientos que han sido objeto de aplicación práctica a través de tests y pruebas de experimentación⁸⁵. Como novedad frente al tenor literal de la Directiva 85/374/CEE, la Directiva (UE) 2024/2853 alude explícitamente al estado de los conocimientos científicos y técnicos determinado con referencia al nivel más avanzado de conocimiento objetivo accesible y no al conocimiento efectivo del operador económico en cuestión. Estas dos características que deben reunir los conocimientos científicos y técnicos a las que se refiere ahora de modo expreso la Directiva (UE) 2024/2853, la objetividad y la accesibilidad, ya fueron apuntadas en su día por la STJCE, Sala 5^a, de 29 de mayo de 1997 Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Asunto C-300/95)⁸⁶.

La citada sentencia menciona la característica de la objetividad en el punto 27, cuando señala que «(...) la cláusula de exoneración de la responsabilidad objeto de controversia no tiene en cuenta el estado de los conocimientos del que el productor de que se trata estaba o podía estar concreta o subjetivamente informado, sino el estado objetivo de los conocimientos científicos y

⁸³ Se cita el siguiente ejemplo: si se anuncia que un televisor inteligente incluye una aplicación de vídeo, pero el usuario debe descargar la aplicación desde el sitio web de un tercero después de la compra del aparato, el fabricante del aparato debe seguir siendo responsable, junto con el fabricante de la aplicación del vídeo, de los daños causados por el carácter defectuoso de la aplicación del vídeo, aunque dicho carácter defectuoso solo se haya originado una vez introducido este en el mercado.

⁸⁴ En este sentido la nueva Directiva no parece haber seguido las sugerencias previas incluidas en el Informe del *Expert Group on Liability and New Technologies-New Technologies Formation*, encargado por la Comisión Europea, que señalaba que en este ámbito no debería existir una exoneración por riesgos del desarrollo. Consultese EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, Publications Office, 2019, p. 6 (<https://data.europa.eu/doi/10.2838/573689>). Sobre este documento GÓMEZ LIGÜERRE/GARCÍA-MICÓ, «Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Technologies», *InDret* 1/2020, pp. 501-511.

⁸⁵ SOLÉ FELIU, «Comentario al art. 140 TRLGDCU», en Cañizares Laso (dir), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2073-2074.

⁸⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61995CJ0300>. Ponente: Melchior Wathelet.

técnicos del que, presumiblemente, el productor estaba informado». Explica SOLÉ FELIU⁸⁷ que este requisito es el que permite fundamentar la idea de que la introducción de la exoneración por riesgos de desarrollo no implica una ruptura con el régimen de responsabilidad objetiva de la Directiva, de modo que lo que exonera al fabricante no es la prueba de su actuación diligente (que es a lo que precisamente llevaría «la consideración de los conocimientos que subjetivamente tenía o pudo razonablemente tener el concreto fabricante demandado») sino la prueba de lo que integraba el «estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos».

A la segunda característica de la accesibilidad alude la STJCE cuando afirma en el punto 28 que «(..) el tenor literal de la letra e) del artículo 7 implica necesariamente que los conocimientos científicos y técnicos pertinentes estuvieran accesibles en el momento en que se puso en circulación el producto de que se trata», y en el punto 29 cuando señala que «De todo lo anterior se deduce que, para poder exonerarse de su responsabilidad, con arreglo a la letra e) del artículo 7 de la Directiva, el fabricante de un producto defectuoso debe acreditar que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado, en el momento de ponerse en circulación el producto de que se trata, no permitía descubrir el defecto de éste. Además, para que puedan oponerse válidamente al productor, es preciso que los conocimientos científicos y técnicos pertinentes estuvieran accesibles en el momento en que el producto de que se trate fue puesto en circulación». Pero, como se aprecia, la sentencia no profundiza en el significado e implicaciones de la característica de la accesibilidad. Se ha mantenido⁸⁸ que el hecho de que los conocimientos sean objetivamente accesibles significa que deben haber sido mínimamente divulgados en la comunidad científica en cuanto solo de este modo podrán tener acceso a los mismos en condiciones de racionalidad, excluyéndose por ello del conocimiento científico y técnico los secretos por motivos político, comercial o militar⁸⁹.

En otro ámbito del Derecho Civil muy distinto al anteriormente mencionado, el Derecho de Sucesiones, cabe encontrar un tercer ejemplo de medida antirretrospectiva por parte del legislador, la cual tendrá que tener en cuenta el juez que resuelva un litigio en el que el demandante haya impugnado un testamento mediante la alegación de la falta de capacidad del testador. Hay varios preceptos dentro del Código Civil español (en adelante CC) que dejan muy claro que el juez deberá situarse, para decidir si el testador tenía suficiente capacidad de entender y de querer, en un momento *ex ante* (otorgamiento del testamento) y no *ex post* (fallecimiento del testador), aunque este último se trate de un momento temporal mucho más próximo en principio a la fecha del litigio. Por una parte, así lo deja claro el artículo 663 CC, en su nueva redacción dada por la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante

⁸⁷ SOLÉ FELIU, «Comentario al art. 140 TRLGDCU», cit.p. 2075.

⁸⁸ SOLÉ FELIU, «Comentario al art. 140 TRLGDCU», cit.p. 2076.

⁸⁹ SALVADOR CODERCH/SOLÉ FELIU, *Brujos y aprendices*, cit. p. 55. reconocen, a la vez, que es una cuestión debatida si el estado de los conocimientos se limita o no al derecho de los Estados miembros de la Unión Europea o si debe ser mundial (cit.pp. 54-57).

LRAPD)⁹⁰: «No puede testar: 2º La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello»⁹¹.

Por otra parte, el artículo 666 CC, que no ha sufrido modificación tras la LRAPD, afirma que «Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento». Su finalidad es establecer que es válido el testamento de quien posee capacidad de testar en el momento del otorgamiento del instrumento, aunque ya no la tenga después en el momento de la muerte. De este modo con la promulgación de este precepto se pretendió en su día derogar antiguas disposiciones del Derecho Romano y de Las Partidas que, en determinados casos, exigían que se tuviera en cuenta el estado o situación del testador al tiempo de su fallecimiento. Según el Derecho Romano para los supuestos de falta de capacidad jurídica (como era el caso de los esclavos) el testamento solo era válido, como regla general, si el causante tenía capacidad para testar tanto en el momento de otorgarse la disposición mortis causa como en el día de su fallecimiento⁹².

La conclusión, pues, que se deriva del artículo 666 CC es que, en principio, ni las circunstancias anteriores ni las posteriores al otorgamiento del testamento, por sí solas, han de tomarse en cuenta para acreditar que el testador, en tal momento, no podía conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o de apoyos para ello. Ahora bien, otra cosa es que, según las circunstancias de cada supuesto, tales actos anteriores o posteriores, unidos a otras pruebas, puedan ser relevantes para apreciar la falta de capacidad natural del testador durante el mismo momento del otorgamiento del testamento (STS 280/2004, Civil, de 31 marzo⁹³). El hecho de que estos actos se tengan en cuenta por el juez no infringe el sentido y la finalidad del artículo 666 CC, porque únicamente desvelan o acreditan que tal alteración grave de las facultades psíquicas del testador existía ya en el momento del otorgamiento.

b. Medidas judiciales antirretrospectivas.

Los propios tribunales pueden seguir una orientación antirretrospectiva a la hora de resolver un caso. El derecho de daños es un ámbito especialmente propicio para la caída por el juez en el sesgo retrospectivo; por ello sin duda es muy importante hallar instrumentos para minimizar este sesgo en la medida en que los tribunales invierten mucho tiempo y esfuerzo en revisar las decisiones de los demandados en un litigio de daños y en evaluar la cautela puesta por aquellos al adoptar tales decisiones⁹⁴. Uno de esos medios para evitar los riesgos de este sesgo es la

⁹⁰ «BOE» núm. 132, de 03/06/2021.

⁹¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Comentario al artículo 663 CC», en Cañizares Laso (dir), *Comentarios al Código Civil*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 3259. Ya antes de la aprobación de la LRAPD se manifiesta en tal sentido la STS 146/2018, Civil (Pleno), de 15 de marzo (ECLI: ES:TS:2018:936. Ponente: M^a Angeles Parra Lucán). Sobre las novedades incluidas por la LRAPD véase también MESA MARRERO, C., «Comentario art. 663 CC», en García Rubio/Moro Almaraz (eds), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, pp. 501-504. En sentido similar al CC español, el artículo 421-4 de la Ley 10/2008, de 10 de julio del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones, hace equivaler la incapacidad para testar a la ausencia de capacidad natural en el momento del otorgamiento del testamento («DOGC» núm. 5175, de 17/07/2008).

⁹² RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Comentario al artículo 666 CC», en Cañizares Laso (dir), *Comentarios al Código Civil*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 3272.

⁹³ RJ 2004/1717. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil.

⁹⁴ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 286.

transformación del análisis de la culpa en una ecuación matemática⁹⁵. Esto es, cabe resolver estos casos de negligencia con la llamada «fórmula de Hand», empleada por este juez norteamericano por primera vez en la sentencia *United States v. Carroll Towing Co.* (159 F.2d 169, 2d Cir. 1947). Así, el juez no ha de tener en cuenta que el daño se ha producido ya (es decir, no debe situarse *ex post*) sino que debe situarse *ex ante* examinando determinadas variables: solo existe negligencia por el demandado si la probabilidad de que un daño se produzca y la entidad del propio daño son muy altos y no lo son, por el contrario, los costos de prevención del mismo, por lo que no sería negligente quien ante un suceso improbable y un daño no relevante en su cuantía no haya realizado costos de prevención que puedan estimarse desproporcionados⁹⁶.

Carece de sentido evitar un daño a unos costos extraordinarios en base a una regla de eficiencia económica. Es, sin duda, un mérito del análisis económico del derecho haber formulado un concepto económico de culpa, relacionando la diligencia y la negligencia con los costos de prevención necesarios para la evitación de un daño⁹⁷. A juicio de DÍEZ PICAZO⁹⁸ los parámetros o estándares de diligencia deben tomar en consideración los sacrificios exigibles a las personas a quienes la diligencia se reclama y, de modo simultáneo, los límites de dichos sacrificios.

El pensamiento de *Hand* es, sin duda, útil como aproximación general razonable a cómo deberían los tribunales resolver los casos de accidentes. Pero se ha advertido que incluso la aplicación de tal fórmula no eliminaría totalmente el peligro de que el juez cayera en un cierto sesgo retrospectivo: así, los tribunales podrían exagerar sistemáticamente la probabilidad de que un accidente ocurra porque, cuando examinan la cuestión, ya conocen que el accidente efectivamente se produjo. De modo que los demandados perderían en un porcentaje más elevado en este tipo de casos, con la consecuencia negativa subsiguiente de que pueda aplicárseles un régimen próximo al de la responsabilidad objetiva por el daño causado, por más que para ese supuesto solo deban responder por negligencia⁹⁹.

El uso habitual de la citada fórmula del juez *Hand* es escaso, incluso en Estados Unidos. Los tribunales españoles no la han adoptado ni siquiera en casos en que hubiera sido plausible llevar a cabo dicho análisis económico¹⁰⁰. Una muestra clara de ello es la STS 645/2014, Civil, de 5 de noviembre¹⁰¹, en la que se indemnizan los daños en virtud del artículo 1902 CC por la caída entre vagones en estación en curva a un viajero que se bajó del metro y que, cuando se dio cuenta de que no había llegado a su estación, trató de subir de nuevo, cayendo al andén por el hueco entre los dos vagones. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, que estima concurrencia de culpas imputando a la conducta de la víctima el 60% de la influencia

⁹⁵ CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo», cit.p. 349.

⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. IV (La responsabilidad extracontractual), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 273.

⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit.p. 273.

⁹⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit.pp. 273-274.

⁹⁹ RACHLINSKI, «A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight», cit.p. 573.

¹⁰⁰ Así, CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo», cit.p. 349. En el mismo sentido se pronuncia PAPAYANNIS, «El enfoque económico del Derecho de Daños», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 32, 2009, pp. 469-470, incidiendo en diversas críticas esgrimidas frente a la falta de mención de la fórmula del juez *Hand* en los tribunales, e incluso a su no aplicabilidad al caso concreto cuando tal fórmula sí es mencionada en las sentencias.

¹⁰¹ ECLI: ES:TS:2014:4688. Ponente: Calvo Cabello, José Luis.

causal debido a su confusión en la percepción de la puerta del vagón-hueco entre vagones, después de haber descartado en ella tanto el propósito de suicidarse como el de viajar entre los dos vagones. Por otra parte, se estima que el Metro Madrid S.A. es negligente en un 40% en la medida en que el riesgo de caída a las vías por parte de los viajeros era previsible, debiendo haber adoptado medidas de seguridad (según la AP la instalación de mamparas a lo largo del andén, que, al abrirse y cerrarse al mismo tiempo que lo hacen las puertas de los vagones, impiden a los viajeros aproximarse a las vías).

Ahora bien, aunque el Tribunal Supremo no entra a examinar cuál podría ser el coste económico concreto de dichas mamparas comparado con la probabilidad de que este tipo de accidentes sucedan, sin embargo, a nivel meramente teórico, el fundamento de derecho 6º de la sentencia sí señala que el artículo 4:102 (1) de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil debe tomarse como referencia para integrar la escueta formulación del artículo 1902 CC, citando los criterios a los que atiende aquel precepto para definir el estándar de conducta exigible, entre otros, el coste de las medidas de precaución¹⁰². En una segunda sentencia posterior, la STS 627/2017, Civil, de 21 de noviembre¹⁰³, se entiende que hay culpa exclusiva de la víctima al cruzar la línea pintada en el suelo, junto a la banda rugosa que evita los deslizamientos en el andén, al que se intentó acceder sin ninguna prudencia antes de que el tren se detuviera. La sentencia sostiene que no hay falta de diligencia por el Metro de Madrid, SA por la no colocación de mamparas con puertas de apertura coincidente con las de los vagones, no planteándose tampoco aquí como posible argumento el coste económico que ello podría suponer.

En el ámbito de la responsabilidad médica se emplea con frecuencia el criterio de la *lex artis ad hoc* para valorar y analizar la conducta de los profesionales sanitarios, el cual atiende a las singularidades de cada caso para concluir si ha habido negligencia médica¹⁰⁴. Se ha mantenido que la naturaleza casuística de tal criterio lo hace particularmente proclive al sesgo retrospectivo, por lo que se proponen otros instrumentos, alternativos o complementarios, que posibiliten objetivar más el análisis de la negligencia médica. Un primer criterio propuesto es la fórmula del juez Hand. Pero es muy dudoso que la misma sea operativa en este concreto ámbito. Dos de las variables incluidas en la citada fórmula son de difícil averiguación por parte de los jueces españoles¹⁰⁵. La primera variable, la probabilidad del daño, requeriría un completo estudio de riesgo. La segunda variable, entidad del propio daño, exigiría una valoración económica de la

¹⁰² Los *Principles of European Tort Law* (PETL), elaborados por el *European Group on Tort Law* con el objeto de la armonización del derecho europeo de la responsabilidad civil, como es conocido, no son vinculantes desde el punto de vista jurídico. La culpa viene definida en el artículo 4:101 PETL señalando que «Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible». Mediante la enumeración de una serie de factores se determina en el artículo 4:102 (1) cuál es dicho estándar de conducta: «El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos». Consultese MARTÍN CASALS (coord), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), Thomson Aranzadi, 2008, p. 116.

¹⁰³ ECLI: ES:TS:2017:4097. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

¹⁰⁴ Por ejemplo, STS 828/2021, Civil, de 30 de noviembre (ECLI: ES:TS:2021:4355. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg), referente a un caso de responsabilidad médica por daños en una operación de cirugía estética.

¹⁰⁵ En este sentido CAVANILLAS MÚGICA, S., «El sesgo retrospectivo», cit.p. 350.

integridad personal y de la vida, y ello es complicado teniendo en cuenta que de modo mayoritario hoy se sostiene que la privación de la vida en sí misma no es un daño moral reparable. Así como la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desde prácticamente el momento inicial señala que de la muerte en sí misma no deriva derecho alguno que integre la herencia de la víctima fallecida y que sea, por tanto, ejercitable por los herederos en su condición de tales, la Sala de lo Penal, hasta aproximadamente los años 70, mantiene que los herederos del fallecido podían reclamar una indemnización por la muerte del mismo, pero en la actualidad la Sala Segunda se alinea con la doctrina de la Sala Primera¹⁰⁶.

Una segunda fórmula propuesta para objetivar más la negligencia médica es el uso de protocolos médicos, poniéndose el foco en analizar si la conducta del profesional demandado fue conforme a las directrices del protocolo más que en determinar si aquel fue diligente en la prevención y evitación de un daño¹⁰⁷. La protocolización consiste en un conjunto de reglas que se impulsan a partir de ciertas señales, de modo que, si se definen con precisión los indicios y las acciones requeridas, acabará siendo algo similar a un algoritmo. Los protocolos suelen ser elaborados por sociedades científicas de ámbito nacional o por expertos de un área determinada de la salud o de un servicio concreto de un hospital. Son normas técnicas cuyos destinatarios son los profesionales sanitarios, pero sin obligatoriedad jurídica. Ahora bien, los protocolos no están exentos de riesgos: así, sesgos inconscientes o conscientes de sus autores, riesgo de desuso, riesgo de que no sirvan para casos excepcionales... Además, pueden existir protocolos de diversas fuentes, en ocasiones contradictorios, y pueden confundirse con otros documentos, recomendaciones o buenas prácticas¹⁰⁸.

Se ha mantenido que es muy importante para el Estado de Derecho que los jueces no solo puedan dominar su propio sesgo retrospectivo y las propuestas igualmente sesgadas que les ofrecerán las partes, sino también que sean muy resistentes a la presión de la opinión pública, la cual puede estar muy sensibilizada cuando se producen determinados tipos de accidentes, de los que se hacen eco continuamente los medios de comunicación: un buen ejemplo lo constituye el

¹⁰⁶ Extensamente RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Indemnización por causa de muerte: análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español», *InDret 2/2015*, pp. 5-7. De modo excepcional BRÜGGEMEIER (*Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 127-128) se manifiesta a favor de la indemnización del *preium mortis*, que ha de ser independiente, a su juicio, de la reparación del dolor propio de los parientes. Incluso llega a mantener que, si no hay allegados cercanos que puedan reclamar el *preium mortis*, la compensación debería pagarse a una institución de caridad. Sin embargo, los comentarios al artículo VI.-2: 202 (2) DCFR señalan que dicho precepto, el cual regula qué daños pueden ser indemnizados en caso de lesiones personales o muerte, deriva del principio de que la muerte no constituye un daño jurídicamente relevante en el sentido de lo señalado por la legislación de responsabilidad civil extracontractual. La vida no tiene un valor monetario cuantificable que pueda asignarse por el derecho privado a los herederos o sucesores. Las notas de Derecho Comparado del citado texto señalan que esta tesis es común en la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos, excepto en Portugal. Véase VON BAR/CLIVE (eds), [Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference \(DCFR\)](#), Vol. 4, Sellier, Munich, 2009, pp. 3227 y 3229-3230.

¹⁰⁷ CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo», cit.p. 348.

¹⁰⁸ Sobre ello CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo», cit.p. 348. Alaban el uso de los protocolos médicos KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN, *Un fallo en el juicio humano*, cit.pp. 301-315 y 385-386. Estos autores señalan que cuando los médicos emiten un juicio diagnóstico acerca de un paciente o prescriben un tratamiento, estos pueden ser sesgados y además producir ruido (es decir, ser diferentes de los emitidos por otros médicos en idéntico caso). Junto a los algoritmos de aprendizaje profundo y de IA empleados en medicina (por ejemplo, para detectar metástasis en los ganglios linfáticos de las mujeres con cáncer de mama), proponen que los protocolos también pueden minimizar los sesgos y los ruidos en las decisiones médicas.

famosísimo caso del Prestige¹⁰⁹. El buque Prestige era propiedad de la naviera griega *Universe Maritime Ltd*, aunque a efectos registrales figuraba como tal la entidad *Mare Shiping, Inc.* Liberia y como armadora la ya citada entidad *Universe Maritime*. Su finalidad desde hacía 26 años era el abastecimiento de combustible a barcos en alta mar y su estado de conservación era pésimo. Había partido de San Petersburgo el 31 de octubre de 2002 con una gran cantidad de cargamento de petróleo. Sobre las 14,10 horas del día 13 de noviembre de 2002, cuando navegaba cerca del Cabo Finisterre, la tripulación del buque oyó un fuerte ruido, parecido a una explosión, parándose las máquinas de forma automática. Hubo una inclinación transversal del barco debida a un fallo estructural en el costado de estribor, el cual provocó una abertura de grandes e importantes dimensiones en el casco, vertiéndose una gran parte de la carga al mar. El fallo estructural fue debido a un mantenimiento y conservación deficientes del barco, de manera que sus estructuras no resistieron el fuerte oleaje en un día en el que las condiciones meteorológicas eran adversas.

La dirección y responsabilidad de las operaciones desde la Administración estatal fue asumida por el entonces Director General de la Marina Mercante. La primera decisión de las autoridades españolas, sin duda equivocada, fue la de alejar el buque averiado de la costa española. El barco siguió vertiendo gran cantidad de combustible durante los seis días que estuvo aún a flote. Como consecuencia del prolongado e intenso vertido de fuel, resultó contaminada una extensa zona de la costa norte y noroeste españolas y de la costa oeste francesa, además de producirse daños en instalaciones particulares y públicas, así como perjuicios consistentes en el cierre o reducción de negocios directa o indirectamente relacionados con actividades pesqueras y marisqueras, con evidentes consecuencias en el negocio turístico¹¹⁰.

El iter judicial de este caso es enormemente complejo y, por supuesto, carece de sentido entrar en este momento en él, limitándome ahora a considerar exclusivamente la parte que aquí puede interesar para el presente trabajo. La SAP de A Coruña, sección 1^a, de 13 de noviembre de 2013¹¹¹ constituye una buena muestra del control del sesgo retrospectivo por los propios jueces¹¹². En el proceso judicial, que dura 9 meses, son objeto de prueba y discusión las posibles responsabilidades penales del capitán y tripulación del barco, y del Director General de la Marina Mercante, también los daños y la posible responsabilidad civil *ex delicto*. La sentencia solo condena al capitán del barco por delito de desobediencia consistente en haber retrasado la ejecución dada de la orden de alejamiento del barco de la costa, excusándose aquel en que para ello necesitaba antes las órdenes del armador. Se absuelve de toda responsabilidad penal por delito contra los recursos naturales y el medio ambiente al Director General de la Marina Mercante, en cuanto se considera que la causa principal del siniestro fue el mal estado de conservación del barco, e igualmente se exonera de responsabilidad penal al capitán y al jefe de máquinas del «Prestige» por los aludidos delitos.

¹⁰⁹ En este sentido CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 4.

¹¹⁰ Los hechos en <https://es.wikipedia.org/wiki/Prestige>. De la extensa bibliografía remito a la obra ALVAREZ GONZÁLEZ/GARCÍA RUBIO (coords), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Iustel, 2007. De modo más reciente puede consultarse SIERRA NOGUERO, «La responsabilidad civil por la contaminación por hidrocarburos derivada del accidente del buque Prestige», *RCDI*, año 95, núm. 775, 2019, pp. 2637-2650.

¹¹¹ ECLI:ES:APC:2013:2641. Ponente: Juan Luis Pía Iglesias.

¹¹² Así lo manifiesta CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo de los juristas», cit. p. 4.

Es llamativo que se absuelva al Director General de la Marina Mercante, sobre todo teniendo en cuenta que su equivocada decisión de alejar el barco de la costa realmente tuvo unos efectos terribles y que, solo si le condenaba a él, el Estado debería hacer frente a los daños causados. La sentencia lleva a cabo en este sentido el siguiente razonamiento antirretrospectivo:

«Un profesional cualificado, asesorado por profesionales cualificados que informan que lo correcto es el alejamiento, salvo algunas excepciones poco explicadas, y que ha de tomar esa decisión de forma extremadamente urgente y rápida dado el peligro creado con la situación inicial del Prestige, cuando resuelve hacer caso a la mayor parte de sus asesores y a su propio criterio profesional, decidiendo de acuerdo con criterios que en rigor eran indiscutibles en aquel momento, está obrando de acuerdo con la prudencia y la diligencia profesionales exigibles (...).

Con posterioridad la sentencia del Tribunal Supremo 865/2015, Penal, de 14 de enero de 2016¹¹³, casa y revoca el fallo de la Audiencia Provincial condenando al capitán del barco por un delito imprudente contra el medio ambiente en la modalidad agravada de deterioro catastrófico [artículos 325, 326.e) y 331 del Código Penal] así como en materia de responsabilidad civil, como responsable directo junto a la aseguradora. Se declara igualmente la responsabilidad subsidiaria de la propietaria del buque y del FIDAC. En el extremo que aquí interesa ahora, confirma la absolución del Director General de la Marina Mercante, empleando idéntica argumentación que la AP en su fundamento quincuagésimo quinto:

«Al final el acusado optó por mantener la decisión de alejamiento, lo que debe ser valorado no con la distancia que ofrece el tiempo y el conocimiento certero de la capacidad de aguante del Prestige, que se mantuvo a flote durante seis días más, sino con la incertidumbre del momento en que se adoptó la decisión».

2.4. Sesgo de género.

Como ya he comentado antes, en el caso del sesgo de género puede caber la duda de si realmente estamos ante un sesgo cognitivo en sentido estricto, en cuanto no siempre es producto del sistema de pensamiento rápido e intuitivo, sino que a veces es consecuencia del sistema de pensamiento deliberado, reflexivo y lento. Lo que parece indudable es que tal sesgo posee particular incidencia en la disciplina del derecho civil y a través del mismo se reproducen estereotipos de género discriminatorios, presentes en la sociedad de forma ancestral, que lesionan el principio de igualdad. De ahí que sea particularmente importante llamar la atención sobre el riesgo de que los legisladores y los jueces caigan en este sesgo a la hora de crear, interpretar y aplicar las normas jurídicas, respectivamente.

Empezando por la perspectiva del legislador, se ha explicado por GARCÍA RUBIO¹¹⁴ que las propias categorías jurídicas (daños, contratos, impuestos o salario, entre otras) no constituyen un reflejo adecuado de las experiencias jurídicas de las mujeres porque han sido construidas tradicionalmente por hombres que se basan en las suyas propias. Hasta hace pocas décadas las mujeres no podían participar en la creación, aplicación e interpretación de las normas porque no eran ni legisladores ni jueces. Continúa señalando la anterior autora¹¹⁵ que los problemas reales

¹¹³ ECLI: ES:TS:2016:11. Ponente: Ana María Ferrer García.

¹¹⁴ GARCÍA RUBIO, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», en Mesa Marrero (dir), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 78.

¹¹⁵ GARCÍA RUBIO, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», cit.p. 82.

de las mujeres pocas veces se han hallado en el centro del debate científico al no ser de sencillo encaje en las categorías estereotipadas sobre las que viene construyéndose la Ciencia Jurídica, no siendo útiles estas últimas para tratar toda la complejidad de los citados problemas. Cabe mencionar como un ejemplo claro de ello el trabajo. El trabajo remunerado es el objeto exclusivo del Derecho Laboral. Dicha rama del ordenamiento no incluye el trabajo no remunerado, consistente en el desempeño de tareas domésticas y de cuidado de menores, de personas mayores y de dependientes; tareas de las que se han ocupado y se siguen ocupando sobre todo las mujeres¹¹⁶. Tanto el legislador como los jueces están llamados a subrayar hoy la importancia social y económica del trabajo no remunerado.

Que los jueces traten en sus justos términos el trabajo no remunerado, evitando caer en un sesgo de género, es muy importante desde luego cuando se resuelven controversias sobre pensiones alimenticias o compensatorias en rupturas familiares¹¹⁷. Pero la urgencia de valorar de forma justa el trabajo no asalariado de las mujeres va más allá de las citadas controversias, extendiéndose también, por ejemplo, al derecho de daños. Una clara muestra está en los métodos tradicionales existentes para valorar los daños personales, ya que, si las mujeres son víctimas de accidentes, sus daños por pérdida de la capacidad de ganancia (lucros cesantes por pérdida de la capacidad de obtener un trabajo remunerado) suelen infravalorarse, bien porque trabajan en casa, bien porque sus salarios son menos elevados que los de los hombres¹¹⁸. Se ha puesto de relieve en este sentido la dificultad de la prueba del lucro cesante en los casos en que las retribuciones por la actividad laboral no son fijas o estables, que incide especialmente en las mujeres al realizar estas últimas de modo mayoritario trabajos precarios y temporales en el mercado laboral¹¹⁹.

Desde luego que en estos otros casos en que la mujer es víctima de lesiones corporales que le impiden llevar a cabo sus exclusivas tareas de trabajo doméstico y de cuidado de dependientes, en ningún caso constituye un argumento válido que, como el trabajo doméstico no genera ingresos económicos, no hay daño patrimonial que deba ser indemnizado. Se ha señalado en este sentido que la tarea más urgente en el ordenamiento español actual es avanzar al reconocimiento de la dimensión patrimonial del daño causado por la muerte o lesiones del ama de casa (también, en su caso, por supuesto, del amo de casa). En general los tribunales españoles se muestran reticentes a tal reparación exigiendo una prueba complicada que acredite que las lesiones sufridas por el ama de casa le imposibilitan continuar desarrollando su ocupación habitual y que este impedimento le supone un grave perjuicio patrimonial. Igualmente relevante, junto a la

¹¹⁶ Señalan ALEGRÍA y VIVALDI, editoras del libro *Reflexiones feministas sobre los cuidados*, LOM ediciones, Santiago de Chile, 2024, p. 13, que el cuidado, circunscrito tradicionalmente a la intimidad del hogar, es igualmente una cuestión de raza y de clase en cuanto estas prácticas suelen hacerse también por mujeres inmigrantes y en situación de precariedad.

¹¹⁷ En este sentido GARCÍA RUBIO, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», cit.p. 87 y nota 32. A modo de ejemplo esta autora cita la SAP de A Coruña de 3 de septiembre de 2008, en la que el padre solicita la extinción de una pensión de alimentos que venía pagando a su hija mayor de edad, la cual deja sus estudios universitarios para cuidar su madre enferma y con discapacidad grave. La sentencia argumenta en favor de la subsistencia de la pensión alimenticia, manteniendo que el cuidado, falto de remuneración y muy absorbente, continúa siendo un pilar esencial en nuestra sociedad actual, no suplido por la intervención pública y que constituye un fenómeno económico valorable.

¹¹⁸ GARCÍA RUBIO, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», cit.p. 88.

¹¹⁹ MESA MARRERO, «El derecho de daños desde una perspectiva de género», en Mesa Marrero (dir), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, 2014, cit.pp. 286-287.

exigencia anterior de reconocer y reparar la dimensión patrimonial del daño causado por las citadas lesiones, es individualizar la dimensión extrapatrimonial que, sin duda, va ligada también a este tipo de daño, con el fin de impedir que la existencia de la vertiente extrapatrimonial dificulte la reparación de la patrimonial¹²⁰. Como gran novedad la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, introduce el reconocimiento del derecho de las «amas y amos de casa» a ser resarcidos por la pérdida patrimonial que supone la incapacidad temporal o permanente por la lesión personal sufrida tras un accidente de tráfico¹²¹.

Otro ámbito interesante donde juega o puede jugar con especial intensidad el sesgo de género es en la resolución de controversias sobre la custodia de menores. Hay veces que los jueces, a la hora de resolver este tipo de litigios, lo hacen llevados por tal sesgo. En un estudio sobre los litigios acerca del régimen de custodia resueltos por la Audiencia Provincial de A Coruña durante los años 2018 a 2021 se acredita que mayoritariamente se otorga la custodia exclusiva a la madre. De aquí se desprende la conclusión por los autores de dicho estudio que en no pocas ocasiones el juez está imbuido por sus prejuicios o creencias en relación a los roles asignados tradicionalmente a los progenitores, de forma que es la madre quien asume el papel de cuidadora, mientras que el padre se dedica fundamentalmente al trabajo fuera del hogar, ajeno al cuidado de la prole¹²².

Igualmente, otro estudio publicado en abril de 2018 se centró en el sesgo de género de más de 500 jueces (68% hombres, 30% mujeres y 2% sin identificar) de un determinado estado de Estados Unidos. Los investigadores propusieron a los magistrados dos casos imaginarios que estaban relacionados con custodia de menores y discriminación laboral, y los demandantes eran hombre o mujer. Los jueces llenaron previamente una encuesta en la que respondieron a cuestiones sobre roles de género tradicionales que incluían estereotipos tales como «las mujeres están más interesadas en criar niños» o «a las familias les va mejor si el hombre es el cabeza de familia». La conclusión a la que se llegó en el citado estudio es que los fallos de los jueces reproducían sus

¹²⁰ En este sentido DEL OLMO, «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», *InDret 4/2013*, p. 47, señala que hay parte de la doctrina y una línea jurisprudencial más innovadora que sí han dado ya este paso [citando a Martín Casals y a Pantaleón y la STS 389/2000, Civil, de 18 de abril (RJ 2000/2672. MP: Jesús Corbal Fernández)]. Pero explica que hay una línea jurisprudencial muy extendida en las Audiencias que continúa aplicando la solución tradicional de identificar el daño causado con el gasto de sustitución efectivamente realizado al contratar a un tercero que se encarga del desempeño de las tareas domésticas que con anterioridad llevaba a cabo la víctima [sobre ello consultese DEL OLMO, «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», en Díez Picazo (Coord), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Tomo I, 1^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1080-1081]. Por el contrario, en la mencionada STS de 18.4.2000, en la que una mujer sufrió severas lesiones y secuelas al romperse una tabla deteriorada en la que estaba sentada como espectadora de un festival taurino en una plaza portátil instalada en un pueblo, el tribunal fija una indemnización para retribuir a una asistenta que la ayude en las actividades propias de una ama de casa, que es independiente de la indemnización concedida para reparar los perjuicios derivados de su imposibilidad para llevar a cabo las más esenciales funciones de la vida diaria.

¹²¹ Consultese especialmente los artículos 131 y 143.4 del citado texto legal. Ya resaltaba dicha novedad legal MARTÍN CASALS, «Sobre la Propuesta del nuevo "Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación": exposición general y crítica», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Número 50, segundo semestre 2014, pp. 41-68.

¹²² IGLESIAS CANLE/GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Sesgos de género y decisión judicial (I): Análisis práctico y legal de la custodia de menores en el proceso matrimonial», en Bonorino (coord), *Sesgos, argumentación y decisión judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 142-143.

ideas preconcebidas sobre los roles de género y que, curiosamente, los jueces especialistas en derecho de familia tendían a adoptar decisiones más sesgadas y parciales que aquellos que no tenían tanta experiencia en dicho ámbito¹²³.

El Auto nº 324/2021 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Marbella de 8 de octubre de 2021, Proc. 1034/2021, es interesante en cuanto advierte sobre el riesgo de caer en el sesgo de género¹²⁴. Una pareja rompe su relación tras cuatro años de convivencia, teniendo un hijo en común, de corta edad en el momento que se dicta la sentencia. La pareja se trasladó a vivir de Madrid a Málaga, ya que, al padre, médico de profesión, se le ofreció un buen trabajo de carácter indefinido en un hospital. Tras la crisis de pareja, la madre se marcha con el menor, con la oposición expresa del padre, a una aldea gallega de pocos habitantes donde vive su familia, porque no desea vivir en Málaga. En las medidas provisionales del procedimiento de separación matrimonial, previas a que se dicte la sentencia de separación, se solicita por el padre el ejercicio de la patria potestad, de modo que el niño pase a convivir con él. La sentencia acuerda dicha medida provisional con el siguiente razonamiento en el fundamento de derecho 3º, en el que se aplica el interés superior del menor, y que merece la pena transcribir al menos de modo parcial:

«En consecuencia, en el presente supuesto, consideramos que el cuidador principal del menor debe ser su padre, quien tiene una mayor estabilidad a todos los niveles para poder atender mejor los intereses del niño, lo que ha demostrado desde el nacimiento del niño, pues ha estado con él, a tiempo completo, durante los permisos de paternidad disfrutados, durante 6 meses de los 12 meses de vida del menor. Nació en Marbella, está inscrito en el Registro Civil de Marbella, la vivienda de Marbella, que fue alquilada por ambos progenitores, ha sido la suya durante toda su corta vida. Marbella es una ciudad cosmopolita, que tiene todo tipo de infraestructuras, con todo tipo de colegios para poder educar a un niño, públicos o privados, con un buen Hospital, en el que, además, trabaja su padre como médico, y que, en definitiva, ofrece múltiples posibilidades para el adecuado desarrollo de la personalidad de un niño y para que crezca en un ambiente feliz. Lo que no sucede con la pequeñísima población en la Galicia profunda, a la que se ha trasladado la madre, lejos de todo, en la que ni siquiera la madre tiene opciones laborales, si bien ella misma ha demostrado la nula intención de buscar trabajo, pues pretende estar dos años criando a su hijo porque cuenta con la prestación económica de 1.200 euros que le ha solicitado al padre, aún a pesar de que tiene 30 años, es diseñadora de interiores y debería intentar buscar una estabilidad profesional para poder atender las necesidades de futuro del menor (...).

Si proyectamos esta idea al caso que nos ocupa resulta que no hay que dar por supuesto que una madre, por el hecho de ser mujer y haber parido a un hijo, esto es, por razones puramente biológicas, está más capacitada o tiene cualidades o habilidades especiales para cuidar mejor a un niño, especialmente, si es de corta edad. De admitir esto estaríamos perpetuando el papel de la mujer en el modelo de la sociedad patriarcal, vigente durante tantos siglos, en el que su posición ha sido secundaria o subordinada respecto a la del hombre, por el mero hecho de ser mujer, esto es, en atención al sexo, lo que supone un sesgo de género».

3. Segundo plano: sesgos sufridos por los individuos en la adopción de decisiones con trascendencia jurídica.

3.1. Sesgo del optimismo excesivo.

¹²³ MILLER, «Expertise Fails to Attenuate Gendered Biases in Judicial Decision-Making», *Social Psychological and Personality Science*, Volume 10, Issue 2, 2019, pp. 227-234 (especialmente pp. 231-232).

¹²⁴ Aranzadi Digital. Ponente: Mª Belén Ureña Carazo.

Las personas poseen en general una buena imagen de sí mismas; igualmente sucede cuando se comparan con los demás. Así, la mayoría de los empresarios se consideran más éticos que el empresario medio y la mayoría de las personas se creen más inteligentes, con mejor aspecto y menos prejuicios que el resto. De hecho, cuando un tercero supera el desempeño propio tendemos a pensar que es un genio. La mayoría de los adultos están más convencidos de que cuidan más a sus padres mayores que sus hermanos, y la mayoría de los conductores, incluidos los que estuvieron hospitalizados por accidentes, se juzgan más precavidos y hábiles que el conductor medio¹²⁵.

El optimismo predispone a un enfoque positivo de la vida. Estudios realizados a más de 90.000 personas en 22 culturas diferentes revelan que la mayor parte de los seres humanos se inclinan más al optimismo que al pesimismo. Pero el optimismo ilusorio sin duda aumenta nuestra vulnerabilidad. Al creernos inmunes a la desgracia y al infortunio no adoptamos precauciones sensatas¹²⁶. Somos excesivamente optimistas respecto a los riesgos que nos afectan, es decir, tendemos a minimizarlos. Ello se proyecta en relación a la probabilidad de que nos demanden, o a la de que nos descubran cometiendo una infracción legal, o a la de sufrir un accidente, lo cual incide, a su vez, en el importe de las primas de los seguros que concertamos y en las medidas de prevención que tomamos¹²⁷. Este último hecho se esgrime como un argumento frecuente a favor de regular los riesgos en materia de seguridad y no dejar al mercado que lo haga; porque no entra dentro de lo probable que quienes toman decisiones en el mercado se den realmente cuenta de los riesgos concurrentes si se hallan bajo la influencia de un optimismo injustificado¹²⁸.

Un ejemplo dentro del derecho civil de este optimismo excesivo que nos caracteriza se aprecia con claridad en la figura de los pactos en previsión de ruptura matrimonial, los cuales son negocios jurídicos por los que los cónyuges o futuros cónyuges regulan de forma anticipada las consecuencias que pudieran derivarse de una eventual y futura separación y/o divorcio¹²⁹. Dos

¹²⁵ Véase MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit. pp. 47-49.

¹²⁶ Consultese MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit. pp. 50-51. FARNsworth considera, por ello, que no es muy acertada la otra expresión con la que se califica también a este sesgo, sesgo interesado o egoísta (*self-serving bias*), porque no es frecuente obtener una ventaja propia del mismo, considerando mejor denominación la de sesgo optimista. Véase *El analista jurídico*, cit. p. 311.

¹²⁷ En este sentido FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit. p. 311, el cual señala que interesa especialmente a los abogados comprender este sesgo en cuanto así intentarán que sus clientes no caigan en el mismo. GARRIGUES WALKER/GONZÁLEZ DE LA GARZA, *Qué son los neuroderechos y cuál es su importancia para la evolución de la naturaleza humana*, cit. p. 100, explican que estudios sobre el cerebro han acreditado que el optimismo está vinculado a una «falla de actualización selectiva y una codificación neuronal disminuida de información no deseada con respecto a lo que sucederá en el futuro». Para dichos autores parece claro que el modo de procesar la información es esencial para el autoengaño, no pudiendo el optimista extremo ponderar la información importante al valorar de modo inadecuado los datos de la realidad.

¹²⁸ Así FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit. p. 312. JOLLS/SUNSTEIN, «Debiasing Through Law», *NBER Working Paper* No. w11738, November 2005, pp. 1-49 (<https://ssrn.com/abstract=842473>), proponen una vía intermedia entre una regulación legal excesiva y una ausencia de regulación legal ante la irracionalidad de los individuos cuando adoptan decisiones. Son conscientes de los peligros que implica una regulación estatal en ciertos sectores para la autonomía de las personas, que puede conducir a una manipulación de estas últimas, pero en ciertos ámbitos creen que sí puede ser útil de cara a reducir ese margen irracional en la toma de decisiones.

¹²⁹ Existen innumerables trabajos sobre los pactos en previsión de ruptura, entre los últimos, GARCÍA MAYO, *Pactos prematrimoniales: En previsión de crisis matrimonial*, J.M. Bosch, 2023 y LÓPEZ SUÁREZ/NEUPAVERT ALZOLA/CERVILLA GARZÓN (coords), *Pactos familiares en previsión de ruptura*, Atelier, 2024.

son las notas características de estos pactos. Son prospectivos, esto es, se celebran antes del matrimonio, o durante la pacífica convivencia conyugal, para entrar en juego solo en caso de una hipotética ruptura matrimonial. La segunda nota característica es su carácter previsor, esto es, buscan dar soluciones en el presente a conflictos todavía no existentes en el momento de su celebración¹³⁰. Las partes contratantes, por el hecho de concertarlos durante la pacífica convivencia matrimonial o con anterioridad a ella, no contemplan la ruptura de su relación como un riesgo real. Por tanto, no perciben de modo exacto las implicaciones que puede suponer su crisis y no son conscientes de las consecuencias que podría traerles en el tiempo las renuncias actuales a derechos que les corresponderían en virtud de la normativa tras la ruptura¹³¹. Además, cuanto mayor es la distancia entre el momento de la celebración del pacto y la crisis matrimonial, mayor es la probabilidad de que el acuerdo inicial, que ha tenido lugar en unas concretas circunstancias, pueda devenir inadecuado para una o ambas partes, e incluso injusto. De este último hecho tampoco son conscientes los cónyuges o futuros cónyuges.

Señala FARNSWORTH¹³² que el sesgo del optimismo excesivo es un sesgo testarudo, ya que la simple advertencia sobre el riesgo o el mero hecho de darle a alguien información acerca de las probabilidades en juego tampoco tiene mucho éxito. El propone poner algún tipo de distancia entre los ciudadanos y sus propias decisiones, recomendándoles, por ejemplo, que contraten a un abogado. En el ordenamiento estatal español no existe regulación sobre los pactos en previsión de ruptura, pero sí la hay en el Código Civil de Cataluña. Examino, a continuación, las posibilidades que ofrece esta normativa en el sentido que acaba de indicarse. En el citado Código finalmente no se introdujo la obligatoriedad de la presencia de un letrado, pero sí, en cambio la de un notario que autorice estos pactos¹³³. No obstante, en favor de la conveniencia de un abogado para cada parte se alega que el notario se limitará a su labor de asesoramiento, pero ni

¹³⁰ Sobre tales características MEDINA ALCOZ, «Los acuerdos prematrimoniales: Análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común», en Echevarría de Rada (dir), *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, La Ley, 2013, p. 287.

¹³¹ En este sentido CARRASCO PERERA, *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos. Un manual para estudiantes de toda condición*, Dilex, Madrid, 2006, pp. 52-53. EISENBERG, «The Limits of Cognition and the Limits of Contract» 47 *Stanford Law Review*, nº 47, 1995, pp. 211 y 222-225, explica cómo hay ámbitos donde los límites cognoscitivos son relevantes a la hora de celebrar contratos duraderos basados en la relación de confianza entre las partes. Así, las «faulty telescopic faculties» afectan a la capacidad de las partes para llevar a cabo comparaciones racionales entre situaciones presentes y futuras: se tiende a dar menos valor a los futuros beneficios y costes frente a los presentes. Por otra parte, las «faulty risk-estimation faculties» conducen a las partes no sólo a subestimar sino también a ignorar los riesgos de probabilidad baja. En concreto, este autor señala los pactos prematrimoniales como un ámbito afectado por tales límites cognoscitivos (cit.pp. 254-258).

¹³² *El analista jurídico*, cit. pp. 312 y 314-315.

¹³³ En este sentido señalan los apartados 1 y 2 del artículo 231-20 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia («DOGC», núm. 5686, de 5/08/2010):

«1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.

2. El notario, antes de autorizar la escritura a la que se refiere el apartado 1, debe informar a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4».

negociará lo más conveniente para cada uno de los otorgantes ni ejercerá una labor de defensa de los intereses de éstos últimos, labor que desde luego sí desempeñaría el letrado¹³⁴.

El asesoramiento del notario se ha calificado como un requisito de validez flexible, de modo que, en caso de ausencia del mismo, bastará con acreditar, para estimar válido el pacto, que las partes dispusieron al menos de la posibilidad de contar con asesoramiento legal independiente cuando celebraron el pacto¹³⁵. Desde luego esta parece ser la explicación más plausible si tiene en cuenta que el legislador catalán ha seguido en esta materia la regulación norteamericana de los *Principles of the Law of Family Dissolution*, elaborados en el año 2000, cuyo objetivo es constituir una guía tanto para el legislador de los diferentes estados como para los tribunales en orden al desarrollo del derecho patrimonial de la familia¹³⁶. Pero con frecuencia, aun contando con asesoramiento legal, los otorgantes podrán concluir los acuerdos aceptando condiciones desfavorables para ellos, bien porque piensen que la ruptura nunca tendrá lugar, bien porque crean que renegociar los términos de dicho pacto podría entenderse por su futuro cónyuge como una falta de confianza¹³⁷. Lo curioso es que ni siquiera el hecho de que los contratantes reúnan determinadas características de madurez personal y profesional elimina la existencia del sesgo, que les conduce a celebrar pactos que pueden perjudicarles en el futuro¹³⁸.

¹³⁴ Véase al respecto ALLUEVA AZNAR, «Gènere i Dret de Família: Una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16, 2016, p. 110 (<http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP>). Señala LAMARCA MARQUÉS, «Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència», en Institut de Dret Privat Europeu i Comparat. Universitat de Girona (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: materials de les Disssetenes Jornades de dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, 2013, p. 462, que, aunque la presencia de un abogado puede implicar problemas de costes económicos o de responsabilidad profesional, hubiera sido una opción más idónea.

¹³⁵ ALLUEVA AZNAR, *Pensión compensatoria y autonomía privada familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 243 y SOLÉ FELIU, «Comentari al article 231-20 del Codi Civil de Catalunya», en Egea Fernández/Ferrer Riba (dirs) y Farnós Amorós (coord.), *Comentari al Llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 151-152.

¹³⁶ Según el § 7.04 (2) la parte que pretende ejecutar el acuerdo debe probar que el consentimiento de la otra parte fue informado y estuvo libre de coacción. Tal párrafo se completa con el § 7.04 (3), que presume, iuris tantum, la validez del pacto prematrimonial que cumple varios requisitos: además del temporal de haberse celebrado treinta días antes del matrimonio, que ambas partes obtuvieron, o se les aconsejó obtener, asesoramiento jurídico independiente, y al menos tuvieron la posibilidad razonable de obtenerlo antes de la celebración del pacto y, por último, que en caso de que finalmente una de las partes no dispusiera de dicho asesoramiento, el pacto estuviera redactado en un lenguaje fácilmente comprensible para un adulto de mediana inteligencia sin formación jurídica especializada, tanto respecto al significado de los términos del acuerdo como al hecho de que los intereses de las partes podrían resultar perjudicados en relación a dichos términos. Consultese THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of The Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Newark, NJ LexisNexis, 2002, p. 963. Sobre ello y la línea similar seguida por la vigente *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* de 2012 consultese RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 148 ss.

¹³⁷ SCHERPE, «Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective», en Scherpe (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 495.

¹³⁸ Una buena muestra es el caso resuelto por la STS 392/2015, Civil, de 24 de junio (ECLI: ES:TS:2015:2828. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas), que admite la validez del pago de una renta vitalicia a favor de la esposa para el caso de que se produzca una futura ruptura matrimonial. En concreto, hace suya la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial, la cual sostiene que «...en el supuesto analizado los otorgantes son personas maduras, con fallidas experiencias anteriores, cumplidamente formadas en experiencias universitarias y dilatado ejercicio en el campo de la medicina y del derecho, especialmente significativo en lo que ahora analizamos, en el esposo que asume la obligación económica, de profesión abogado, tal y como se explicitaba en consideraciones anteriores, usando ambos de su libertad en una sociedad moderna y abierta como la actual, de modo que ningún reparo puede ser opuesto en tal sentido» (SAP Cádiz, sección 5^a, 411/2013 de 26 de julio (ECLI: ES:APCA:2013:1084. Ponente: Rosa M^a Fernández Núñez).

Además de la figura del notario existe en el apartado 5 del artículo 231-20 del Código Civil de Cataluña una previsión, relativa al momento de la ejecución del pacto, que puede servir para minimizar las consecuencias negativas de este sesgo del optimismo excesivo, el cual se refleja tanto en las renuncias hechas en el momento de la celebración del pacto como en la falta de previsión en tal momento de hechos futuros que podrían sucederles. Así, según el indicado precepto «Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron».

El requisito de la imprevisibilidad de las circunstancias es, sin duda, muy polémico. Por ejemplo, parece muy discutible si el nacimiento o la adopción de hijos o hijas comunes de la pareja tras el otorgamiento del pacto es una circunstancia razonablemente imprevisible a efectos de hacerlos valer en favor de la ineficacia del pacto. Podría alegarse en contra de ello que el nacimiento o la adopción de hijos o hijas comunes es una circunstancia propia y lógica de una relación marital o de una convivencia afectiva, y que su probabilidad de que suceda es elevada¹³⁹. Como excepciones a esta última afirmación cabe citar la existencia de datos objetivos que permitieran descartar en la pareja o matrimonio la llegada de hijos al mundo, como la avanzada edad o una enfermedad que impidiera la procreación en el momento de la celebración del pacto¹⁴⁰. Puede considerarse una excepción también que el nacimiento del hijo o hija vaya acompañado de circunstancias extraordinarias que obligan al cónyuge que renunció en el pacto a las futuras ventajas patrimoniales a abandonar su trabajo para cuidar al menor; así, el nacimiento de este con una grave enfermedad¹⁴¹.

Precisamente el último de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en esta materia, la STS 362/2023, Sala Civil, 13 de marzo¹⁴², sitúa en buena medida frente a la cuestión antes apuntada. La exesposa alega que no ha de regir la renuncia recíproca acordada por ellos a cualquier ventaja económica que pudiera corresponderles tras el matrimonio, porque, al haberse ocupado ella sola del hijo y no haber existido finalmente contribución paritaria en su cuidado por el padre, también pactada, no concurren las condiciones para que entren en juego las capitulaciones. La sentencia de la Audiencia Provincial acoge la tesis de la esposa presumiendo que en el pacto celebrado la validez de la renuncia a las ventajas económicas va ligada a la condición del cuidado paritario del hijo durante la convivencia.

El Tribunal Supremo considera válido el pacto en cuanto hay consentimiento libre y no viciado, no existiendo posición de superioridad por ninguna de las partes, y en cuanto los derechos objeto de renuncia (prestación compensatoria y compensación por el trabajo doméstico) son de

¹³⁹ ALLUEVA AZNAR, *Pensión compensatoria y autonomía privada familiar*, cit.p. 313.

¹⁴⁰ En este sentido ALLUEVA AZNAR, *Pensión compensatoria y autonomía privada familiar*, cit.p. 325. GARCÍA RUBIO, «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, 2003, pp. 1672-1673, parece admitir incluso como un motivo suficiente para la revisión judicial del pacto el nacimiento o la adopción de hijos comunes cuando en el momento del otorgamiento del pacto «se estaba en la idea de no tener descendencia».

¹⁴¹ SOLÉ FELIU, «Comentari al article 231-20 del Codi Civil de Catalunya», cit.p. 157.

¹⁴² ECLI: ES:TS:2023:879. Ponente: M^a Angeles Parra Lucán.

naturaleza disponible. La sentencia se plantea si concurre alguna circunstancia sobrevenida extraordinaria por la que la esposa no pudiera trabajar tras la celebración del matrimonio y el posterior nacimiento del menor, o si existe alguna circunstancia fuera de lo común que hiciera que el cuidado del menor exigiera una dedicación especial que, al asumirse en exclusiva por la esposa, la hubiera colocado, al no poder trabajar, en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar ni prever en el pacto. Concluye que no se han alegado por la esposa ni se han estimado probadas por la sentencia de la Audiencia Provincial ninguna de dichas circunstancias a favor de la ineficacia del pacto, hecho al que se añade que en el propio pacto sí acordaron la posible contratación de terceros que complementara la función de cuidado de los hijos¹⁴³.

Interesante es plantearse también en relación con este sesgo del optimismo excesivo si el mismo ha de considerarse siempre negativo. Tal sesgo a veces puede llevar consigo ciertas ventajas para el propio sujeto que lo padece. Explica en este sentido FARNSWORTH que la persona que toma la decisión de casarse, si no tuviera una percepción exagerada de sus capacidades y posibilidades de éxito en esta aventura, seguramente no se atrevería a iniciar la misma. Una visión demasiado fría y calculada de las opciones en juego y del balance entre costes y beneficios conducirían al individuo a no tomar iniciativas nuevas y acabarían con el nivel de confianza necesarios para poder alcanzar el éxito¹⁴⁴. Igualmente, las acciones y comportamientos movidos por el sesgo del optimismo excesivo pueden generar beneficios para terceros. Por ejemplo, una exageración de las posibles ventajas del matrimonio o de la vida en pareja puede conducir a beneficios para la sociedad en general, como la de tener descendencia. En otro ámbito muy distinto, el actor que inicia una demanda de responsabilidad civil contra el fabricante por productos defectuosos, con pocas opciones de éxito desde un análisis frío de la situación, puede estar prestando un servicio público al posibilitar que se dicte una sentencia favorable útil para el resto de consumidores¹⁴⁵.

3.2. Cascadas.

A continuación, se analizan tres tipos de cascadas, informativas, de disponibilidad y de reputación. Estas poseen un claro componente de psicología social, e implican la adecuación del comportamiento y creencias de un sujeto al grupo. Así, las personas suelen elegir, a la hora de tomar decisiones, conformar su conducta y sus opiniones a la sociedad en lugar de perseguir sus deseos personales. Esta tendencia puede ser producto de influencias inconscientes o de la presión social. Las tres clases de cascadas sin duda tienen relación también con el denominado sesgo gregario o de rebaño, que consiste en seguir el comportamiento de la mayoría.

a. *Cascada informativa.*

¹⁴³ Esta sentencia es un buen ejemplo, a mi juicio, para constatar cómo, incluso si las mujeres celebran los pactos como sujetos totalmente independientes desde el punto de vista económico, la dependencia puede desarrollarse después al cambiar la visión sobre el proyecto vital (por ejemplo, la mujer decide abandonar, aunque sea a tiempo parcial, su trabajo cuando llegan los hijos e hijas). La división actual del trabajo dentro la familia supone que, como regla general, la mayoría de las contribuciones no económicas son llevadas a cabo por mujeres, de modo que muy posiblemente saldrán perjudicadas cuando se ha celebrado ya un pacto matrimonial que no ha tenido en cuenta dichas contribuciones. Explica MACKAY, «Who gets a better deal? Women and Prenuptial Agreements in Australia and the USA», *U.W. Sydney Law Review*, nº 7, 2003, p. 118, que el carácter vinculante de los pactos, sin la presencia judicial, lleva consigo que las partes «bargain in shadow of the law».

¹⁴⁴ *El analista jurídico*, cit.p. 320.

¹⁴⁵ En este sentido FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 322.

Las cascadas informativas (*information cascades*) representan una explicación convincente de buena parte del comportamiento humano, aunque su existencia es difícil de probar de forma concluyente fuera del laboratorio¹⁴⁶. Este tipo de cascada surge cuando un individuo quiere hacerse una opinión precisa sobre una determinada cuestión y confía en el criterio de personas que ya han tomado con anterioridad una decisión sobre ello, presumiendo que están mejor informadas que él. Cuanto más nivel de aceptación desde el punto de vista cuantitativo va cogiendo una creencia, la misma va haciéndose más sólida, pero esto no implica en absoluto la verdad intrínseca de la idea u opinión sostenida. El problema principal de estas cascadas es que impiden que finalmente salga a la luz pública otra información valiosa que podría llegar a ser útil para la adopción de la decisión¹⁴⁷.

Aunque es cierto que la vulnerabilidad de un individuo hacia una cascada depende de la información de que él disponga por sí mismo, lo significativo de una cascada es que finalmente acaba incidiendo por igual en voluntades de distinto tipo, ya sean fuertes o débiles. Una persona poco dada a dejarse influir por el consenso de dos o tres individuos, acabará cayendo ante el consenso de doscientos, trescientos o miles¹⁴⁸. Cabe citar ejemplos sencillos; así, los restaurantes siempre llenos pueden crear esta dinámica de cascada y los vacíos lo contrario. Lo mismo ocurre con el ahora famoso ayuno intermitente, con un nuevo medicamento, o con los viajes a determinados sitios que se ponen de moda (Tailandia, Vietnam o India, entre otros). Qué duda cabe que una buena manifestación de estas cascadas en la actualidad son los influencers digitales, con miles de seguidores, cuya labor se desarrolla en la plataforma YouTube o en redes sociales como Instagram o Tiktok. De hecho, las marcas persiguen establecer relaciones comerciales con ellos para conectar mejor con su mercado y con su público, de modo que los influencers transmiten seguridad, transparencia y confianza sobre los diferentes productos o servicios¹⁴⁹.

Este tipo de cascadas permiten arrojar luz sobre determinados problemas jurídicos. Posibilitan explicar, en primer lugar, ciertas dinámicas que conducen a la gente a llevar a cabo conductas ilegales. Por ejemplo, cuando se contrata a empleados domésticos inmigrantes en negro o cuando se cometan desmanes aprovechando algún desastre natural, como ha sucedido recientemente con los saqueos y robos en el interior de los coches y en locales comerciales a raíz de las inundaciones por la Dana acontecidas especialmente en la provincia de Valencia¹⁵⁰. A medida

¹⁴⁶ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 183.

¹⁴⁷ DOMÉNECH PASCUAL, «Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas», *InDret* 1/2024, p. 417.

¹⁴⁸ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 180.

¹⁴⁹ MARTÍN CRITIKIÁN/SOLANO ALTABA/SERRANO OCEJA, «Hábitos de consumo de moda a través de influencers en la Generación Z», *Vivat Academia. Revista de Comunicación*, nº 155, 2022, pp. 39-68, han hecho una investigación con la técnica de la encuesta en el último trimestre de 2020 a 500 jóvenes españoles con una edad comprendida entre 10 y 25 años. Los resultados obtenidos resaltan la importancia de los influencers sobre los hábitos de consumo de la Generación Z. Otro estudio interesante es el de PÉREZ CURIEL/LUQUE ORTIZ, «El marketing de influencia en moda. Estudio del nuevo modelo de consumo en Instagram de los millennials universitarios», *adComunica: Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº 15, 2018, pp. 255-281, en el que concluyen que solo en el caso de los «micro influencers», al ser menos famosos que los «macro influencers», se logra centrar la atención sobre el producto, objetivo primordial para la empresa.

¹⁵⁰ *El Mundo*, 2 de noviembre de 2024 (consúltese en <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2024/11/02/672681a7e4d4d864438b456f.html>).

que el número de personas que va realizando esta clase de conductas aumenta, también se transmite la sensación de seguridad jurídica y moral, disipándose las dudas acerca de su falta de ética¹⁵¹.

Una segunda manifestación para el derecho de estas cascadas son los riesgos de la toma secuencial de decisiones. Ello ocurre con los testigos, ya que no responden de igual forma sobre lo presenciado cuando lo hacen solos que cuando, de forma previa, han escuchado a otros testigos sobre el mismo asunto¹⁵². Este hecho también se extiende a los miembros de un jurado cuando emiten su voto respecto de un caso concreto. Sin duda el voto simultáneo evita cascadas, ya que el secuencial tendrá como consecuencia que el tercer miembro del jurado estará sesgado por el voto anterior de los dos primeros y así sucesivamente. Lo mismo puede ocurrir con los magistrados en los tribunales¹⁵³.

El peligro que implican las cascadas se incrementa en los procesos electorales. Así, los sondeos o encuestas pueden contribuir a la generación de cascadas de varias formas, siendo este el motivo por el que las organizaciones favorables a un determinado candidato sponsorizan encuestas, y la razón por la que en determinados países los sondeos están prohibidos durante los días o semanas anteriores a las elecciones¹⁵⁴. Un primer efecto de los sondeos, denominado efecto *bandwagon*, consiste en que los votantes indecisos se dan cuenta de que un determinado candidato o partido va por delante de otros y confían en dicha opinión. Es decir, la consecuencia es la movilización de los electores hacia el partido o candidato ganador¹⁵⁵. Un segundo efecto, llamado *underdog*, es justo lo contrario porque moviliza a los electores hacia el partido que aparece más débil en los sondeos, motivando tanto a los votantes fieles a dicho partido como a los indecisos para que acudan a las urnas. En cualquier caso, parece que ambos efectos citados están supeditados a las condiciones específicas de cada proceso electoral¹⁵⁶.

Una última manifestación jurídica de este tipo de cascada, más próxima al derecho civil, es la lesión del derecho al honor de una persona a través de una información difamatoria en un medio de comunicación o en una red social, ya sea aquella física o jurídica. Tal información llegará a

¹⁵¹ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 181.

¹⁵² Como los testigos son diferentes personas con diferentes perspectivas, es probable que vean o noten cosas distintas y recuerden aspectos distintos respecto a un mismo evento. Pero luego, cuando se comunican entre sí, no solo refuerzan recuerdos comunes, sino que también contaminan los recuerdos de cada uno sobre el suceso. Sobre la flexibilidad de la credibilidad de los testigos véase LUUS/WELLS, «The Malleability of Eyewitness Confidence: Co-Witness and Perseverance Effects», *Journal of Applied Psychology*, Vol. 79, No.5, 1994, pp. 714-723.

¹⁵³ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 182.

¹⁵⁴ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.pp. 182-183.

¹⁵⁵ Mantiene LÓPEZ PAZ, «Los sondeos electorales como problema de desinformación: ¿Una verdad a medias? Estudio de caso sobre las elecciones autonómicas de la Comunidad de Madrid del 4 de mayo de 2021», *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, nº 3, 2021, p. 6, que es precisamente esta esperanza de ganar la que conduce al electorado a votar en favor del partido ganador, reforzando con ello su autoestima.

¹⁵⁶ FERRÁNDIZ/CAMAS GARCÍA, *La cocina electoral en España. La estimación del voto en tiempos de incertidumbre*, Catarata, Madrid, 2019, pp. 35-38, sostienen que los ciudadanos españoles desconfían de las encuestas, alegando varios motivos. El primero es la sospecha de que solo se difunden los resultados de las encuestas que convienen, y prueba de ello es que un porcentaje alto de ciudadanos (88%) afirma que las encuestas no se corresponden con sus orientaciones políticas. Además, la gente no suele ser sincera durante las entrevistas y las muestras con frecuencia no son representativas respecto al porcentaje de población que hay en España.

un gran número de personas, generándose además la cascada en un lapso de tiempo muy breve. El legislador no es ajeno a este problema y ha previsto en el artículo 9.3 de la LO 1/1982 de 5 de mayo de Protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que, si efectivamente se acredita la intromisión ilegítima, se presume la existencia del daño y la indemnización se valorará en atención, entre otros factores, a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, tomando en consideración la difusión o audiencia del medio a través del que se haya difundido¹⁵⁷.

b. *Cascada de disponibilidad.*

La cascada de disponibilidad (*availability cascade*) es una variante de la anteriormente examinada. Posee su punto de partida en el denominado sesgo de disponibilidad: así, en entornos de incertidumbre, los sujetos adoptan decisiones que se alejan de los principios de la probabilidad. Es decir, en defecto de información fiable y contrastada, la mente parece estar influida por la llamada en psicología «heurística de la disponibilidad» (*availability heuristic*). Evaluamos la probabilidad de un suceso preguntándonos con qué facilidad nos vienen a la mente ejemplos del mismo, de modo que reducimos la probabilidad de que ocurra aquello que no nos viene a la mente. Al final nos preocupamos de posibilidades remotas y, al mismo tiempo, ignoramos posibilidades elevadas; fenómeno que los expertos de psicología social califican como «descuido de la probabilidad»¹⁵⁸.

En el citado sesgo influyen, en primer lugar, los medios de comunicación, de modo que los acontecimientos poco habituales atraen de forma desproporcionada su atención y la población termina percibiendo como más frecuente un suceso que en realidad no lo es en la práctica. De este modo causan gran inquietud los casos inusuales de secuestro infantil, cuando, por ejemplo, los progenitores incurren con frecuencia en negligencia por no abrochar el cinturón de seguridad en el coche a sus hijos e hijas. Otro supuesto claro son los accidentes aéreos, que no ocurren muy a menudo pero que generan una alarma social grande. Sobre todo, desde los atentados a las torres gemelas en EEUU el 11 de septiembre de 2001 la ciudadanía norteamericana considera aún más peligroso viajar en avión que en automóvil. A pesar de que en 2017 no hubo ningún accidente mortal de una aeronave en todo el mundo, la mayoría de los viajeros siguen pensando lo mismo¹⁵⁹.

El segundo factor que influye en el sesgo de disponibilidad son las experiencias recientes: cuanto más cercano en el tiempo es un suceso, más probable es que nos venga a la mente. Con el paso del tiempo el recuerdo deviene más débil. Ello es patente en el volumen de donaciones que hacen los ciudadanos en los momentos iniciales de una catástrofe, luego ya decrecen. El tercer factor que incide en el citado sesgo son las propias experiencias personales, ya que la vivencia de un suceso en primera persona hace que se recuerde más. En este sentido el sesgo puede poseer consecuencias positivas, como la transmisión de la experiencia entre generaciones sobre

¹⁵⁷ «BOE» núm. 115, de 14/05/1982. Sobre el citado precepto véase MARTÍN CASALS, «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor», en Salvador Coderch (dir), *El Mercado de las Ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 382 y ss (especialmente 396 a 398).

¹⁵⁸ MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit.p. 68.

¹⁵⁹ En este sentido MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit.p. 68.

acontecimientos relevantes con el objetivo de prevenir la repetición de los mismos errores en que se incurrió en el pasado.

Uno de los efectos claros que posee tal cascada de disponibilidad para el ordenamiento es que puede llevar consigo que la gente reclame la regulación de riesgos de los que apenas han oído hablar (como los citados accidentes aéreos) pero que, en cambio, no la exijan por otros riesgos que sí son más frecuentes, pero que no vienen a la mente con la misma facilidad (por ejemplo, las colisiones de automóviles con renos)¹⁶⁰. Otro ejemplo surge con los ya mencionados atentados a las Torres Gemelas, imponiéndose a partir de entonces a los ciudadanos medidas de seguridad radicales para poder embarcar en los aviones, no adoptándose, en cambio, medidas análogas para otro tipo de terrorismo, como el nuclear¹⁶¹.

c. *Cascada reputacional.*

La explicación acerca de la denominada cascada reputacional es aparentemente sencilla: un primer grupo adopta una idea por la razón que sea (bien siguiendo su propio interés, bien porque cree en su verdad intrínseca); el segundo grupo adopta esa misma idea solo para proteger su reputación frente al primer grupo. A continuación, miembros de un tercer grupo que, inicialmente no mostraban tanta preocupación por su reputación, comienzan a ver con cierta inquietud cómo se ha ido generando un consenso creciente previo que ya lleva consigo, si se apartaran, un peligro más severo de sanción social, de manera que también acaban sucumbiendo a la idea¹⁶².

A veces las cascadas son positivas porque transmiten una idea correcta o que resulta de utilidad (por ejemplo, la tierra es una esfera a pesar de la poca evidencia directa que casi todos tenemos de ello, aunque hay voces hoy contrarias a tal afirmación)¹⁶³. Pero pueden ser perjudiciales también: se sugiere que constituyen la base sobre la que se apoyan las sociedades totalitarias¹⁶⁴.

¹⁶⁰ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 184. Aunque él cita los accidentes con renos, en España podría sustituirse perfectamente por accidentes con jabalíes. Según datos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en 2023 se reportaron 450 accidentes de tráfico causados por impactos con jabalíes, distribuidos principalmente en las regiones de Castilla y León, Andalucía y Cataluña. Este incremento se atribuye a la expansión de las áreas habitadas por estos animales debido a factores como la intemperie y la escasez de alimentos. Consultese en <https://faunatek.com/ranking-accidentes-impacto-jabalies/> (fecha de consulta: 3/12/2024).

¹⁶¹ POSNER, *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 224, 228 y 242, señala que no debería llegar al extremo de tratar a cada pasajero aéreo como un potencial terrorista. En opinión de este autor (cit. p. 246), catástrofes como los impactos de asteroides, el cambio climático global o el bioterrorismo, merecen más atención y respuesta de la que están recibiendo. Considera que las herramientas de análisis económico, en particular el análisis costo-beneficio, son indispensables para evaluar las posibles respuestas a los riesgos de catástrofes.

¹⁶² FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.pp. 185-186. Cita como ejemplo de un lugar donde se manifiestan en la actualidad este tipo de cascadas las universidades y los propios departamentos, donde la libre expresión de determinadas ideas por parte de un docente puede ser vista como peligrosa para la propia reputación.

¹⁶³ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 186.

¹⁶⁴ KURAN, *Private Truths, Public Lies. The Social Consequences of Preference Falsification*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1995, p. 101, señala que la presión de la opinión pública puede llevar a que las minorías se abstengan de ejercitar su derecho constitucional a disentir. Las salvaguardas frente a un gobierno dictatorial no impiden que las sociedades se tiranicen a sí mismas a través de la fuerza de la opinión pública.

A nivel jurídico tienen incidencia sobre los procesos de voto¹⁶⁵. La amenaza de las cascadas reputacionales puede conducir a decantarse a favor del sufragio secreto, por ejemplo, en las elecciones generales de un país, el cual posee un valor esencial para garantizar que el voto exprese realmente la voluntad del electorado.

A veces se interrumpen estas cascadas por imperativo jurídico. Es decir, el legislador termina con el poder de la presión reputacional en el orden social. Así, la *Civil Rights Act* de 1964 prohibió la discriminación racial en una serie de campos. Varios hombres de negocios del sur deseaban dicha ley porque les iba a librar del estigma vinculado al hecho de prestar servicios o contratar a personas de color. Los partidarios de la segregación racial infundían temor en los que pensaban distinto, siendo muy pocas las personas blancas que estaban dispuestas a pronunciarse a favor de la integración racial. Pero al pasar a ser la integración un hecho legal, la decisión de un empresario de prestar un servicio o contratar los servicios de una persona de raza negra adquirió un significado ambiguo: a partir de ese momento el empresario podría actuar en base a sus propias convicciones morales, o bien podría hacerlo solo por pura obediencia a la ley. Mediante la creación de esta ambigüedad la ley cumplía la función de reducir los costes simbólicos de contratar o prestar servicios a personas de color¹⁶⁶. En el ámbito del derecho civil una muestra puede ser la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de la Ley 13/2005 de 1 de julio¹⁶⁷.

3.3. Sesgo de aversión a la pérdida.

No solo el optimismo excesivo nos conduce a llevar a cabo valoraciones sesgadas a la hora de decidir, sino que los individuos sufrimos igualmente otro tipo de desviaciones, como, guiarnos por puntos de referencia irrationales, de lo cual es un buen ejemplo la «paradoja del bronce»¹⁶⁸. Así, en las competiciones olímpicas las emociones de los atletas tras un evento reflejan, además de si el resultado coincide con sus expectativas, su pensamiento contrafáctico, es decir, su simulación mental de cómo pudieron ser las cosas. El orden lógico en unas olimpiadas sería que los medallistas que lograron el oro fueran los más satisfechos, en segundo lugar, los de la medalla de plata y, por último, los del bronce. Un estudio demostró que los medallistas con el bronce estaban más satisfechos que los segundos, porque aquellos tomaron como referencia a los competidores que no ganaron medalla y, por el contrario, los de la plata a los campeones que les impidieron obtener la medalla de oro¹⁶⁹.

La teoría económica clásica señala que hay dos especies del *homo economicus*: el consumidor y el empresario. El primero busca maximizar la utilidad de los bienes y servicios que consume, el segundo maximizar su beneficio. Esta teoría toma como punto de partida que ambas especies son racionales, es decir, que, ante dos alternativas, ellos elegirán aquella que produce mayor utilidad o mayor beneficio, respectivamente. Pero la teoría clásica ignora las características psicológicas del *homo economicus*. Se ha mantenido que es hora de tomar en consideración los

¹⁶⁵ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 186.

¹⁶⁶ Sobre ello véase LESSIG, «The Regulation of Social Meaning», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 62, No. 3, 1995, p. 966 y FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 187.

¹⁶⁷ «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005.

¹⁶⁸ CAVANILLAS MÚGICA, “Los sesgos del jurista”, cit.p. 5.

¹⁶⁹ MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit.pp. 69-70.

límites empíricos de la racionalidad humana, esto es, su finitud en comparación con la complejidad del mundo que debe afrontarse. La aproximación alternativa que se propone es el denominado *principle of bounded rationality*¹⁷⁰. De acuerdo con las afirmaciones anteriores, con la excepción de decisiones de gran relevancia, como la compraventa de un inmueble, los consumidores no toman decisiones conforme al estándar de una diligencia quasi profesional y, por consiguiente, están sujetos caer en todo tipo de sesgos¹⁷¹. De este modo los consumidores deciden casi siempre con un margen de irracionalidad¹⁷².

Entre esa serie de comportamientos iracionales se halla la sobrevaloración de las pérdidas sobre las ganancias. Nos importa irracionalmente más perder que no ganar, motivo que explica igualmente que prefiramos aferrarnos al *statu quo*. Este último fenómeno se denomina aversión a la pérdida (*loss aversion*)¹⁷³. El fastidio que nos genera la pérdida de una cantidad de dinero es muy superior al placer que experimentamos ganando una cantidad equivalente. A la hora de valorar resultados positivos, tendemos a preferir el pájaro en mano que ciento volando, en el sentido de tener ya en nuestro poder algo seguro antes que asumir riesgos en la esperanza de obtener más tarde algo mejor. Pero, sin embargo, cuando pensamos en resultados negativos, la mayoría de las personas se arriesga a un resultado peor antes que dar por bueno uno malo pero cierto¹⁷⁴.

Una de las manifestaciones interesantes de estas reflexiones anteriores se concreta en el ámbito contractual. Deshacerse de un objeto, aunque sea de forma voluntaria, es visto por nuestro cerebro como una pérdida. Por ello pediremos más dinero por deshacernos de un objeto que ya está bajo nuestra posesión de lo que estaríamos dispuestos a pagar por su adquisición. La venta de bienes que ya poseemos activa las zonas del cerebro vinculadas a la tristeza o al disgusto, activándose igualmente tales zonas en las compras, pero solo cuando estimamos que el precio que hemos pagado por el bien es muy alto. Las imágenes del cerebro también reflejan que la compra de objetos a precios especialmente bajos produce placer. El denominado efecto dotación incide en los sujetos incluso cuando estos únicamente han poseído el objeto durante unos momentos. De ahí la práctica habitual de las empresas de invitar a los potenciales clientes a degustar productos de forma gratuita. El efecto dotación se inicia por el vínculo emocional que

¹⁷⁰ SIMON, *Models of Man*, 5^a impresión de la obra de 1957, John Wiley & Sons, Inc., New York-London-Sidney, 1967, pp. 196-198.

¹⁷¹ CAVANILLAS MÚGICA, “Los sesgos del jurista”, cit.p. 5.

¹⁷² ALFARO ÁGUILA-REAL, «Analogías excesivas: sobre el AED 3.0, la Física y la Psicología Económica», *Almacén de Derecho*, 21 abril de 2017 (<https://almacendedderecho.org/analogias-excesivas-aed-3-0-la-fisica-la-psicologia-economica>), propone recurrir a la biología, la psicología evolutiva y la antropología para abordar las insuficiencias de la Economía neoclásica en su aplicación al derecho, en cuanto tales insuficiencias proceden de que utiliza como paradigma de actor que adopta decisiones en el mercado a la empresa, no al individuo. La empresa puede ser un actor racional, pero desde luego el individuo no. Sostiene también que las personas estamos diseñadas para la supervivencia y que, según conozcamos más el funcionamiento del cerebro, más podremos conocer de las decisiones humanas y de las relaciones entre los individuos.

¹⁷³ Los padres de este sesgo de aversión a la pérdida son KAHNEMAN/TVERSKY, «Prospect theory: An analysis of decision under risk», *Econometrica*, Vol. 47, No. 2, 1979, pp. 263-291. De modo reciente este sesgo de la aversión por la pérdida se ha puesto en tela de juicio, véase YECHIAM, «Acceptable losses: the debatable origins of loss aversion», *Psychological Research*, vol. 83, 2019, pp. 1327-1339.

¹⁷⁴ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 295.

establece el potencial cliente con el objeto, de forma que «un poseedor se siente como propietario y se activa inmediatamente la aversión a perderlo, a no tenerlo»¹⁷⁵.

Por otro lado, las partes contratantes suelen preferir con frecuencia que entre en juego el contenido de la normativa dispositiva que se aplica de forma subsidiaria en defecto de pacto expreso en vez de modificar dicha normativa dispositiva. Esto es, no les preocupa tanto sufrir un mal resultado por no haber modificado los términos y cláusulas de naturaleza legal dispositiva como el temor a que un mal resultado se produzca por haberlos cambiado. No se sienten en absoluto tentados por la idea de que el cambio podría haberles traído un resultado mejor¹⁷⁶.

El campo de la investigación psicológica conocido como teoría prospectiva (*prospect theory*) analiza la diferente manera en que las personas reaccionan frente a los beneficios y las pérdidas. Dicha teoría, en su aplicación al derecho, sostiene que una transacción fuera de los tribunales tenderá a parecerle más adecuada al demandante que al demandado. Para el primero un acuerdo extrajudicial implica una ventaja cierta frente a una demanda con resultado incierto. Para un demandado es todo lo contrario: la transacción supone la aceptación de una pérdida segura, y prefiere antes la apuesta por un resultado que quizás pueda serle favorable¹⁷⁷. Ello explica la razón de que determinados asuntos son de difícil arreglo transaccional o simplemente no lo tienen¹⁷⁸.

A veces idéntico resultado puede ser contemplado como una pérdida o como una ganancia en cuanto ello va a depender de la perspectiva que uno elija para la comparación¹⁷⁹. Es muy importante por eso la presentación que un abogado ofrezca a su cliente sobre la transacción. Así, cuando el demandado asimila un posible acuerdo a pérdida, se genera en él algún tipo de inclinación cognitiva que le llevará a escoger el riesgo intrínseco que el pleito implica. Con esto no se quiere decir que un acuerdo fuera de los tribunales sea siempre algo positivo que deba ser necesariamente fomentado. Pero sí es importante caer en la cuenta del papel que un abogado puede jugar posibilitando que un cliente suyo valore un acuerdo similar bajo una perspectiva u otra¹⁸⁰.

La presentación de un suceso como una pérdida o como un beneficio puede tener también repercusión en el ámbito médico. El paciente reacciona de forma diversa cuando los riesgos le son mostrados en términos de pérdida frente a cuando se le describen como beneficios. Por

¹⁷⁵ GARRIGUES WALKER/GONZÁLEZ DE LA GARZA, *Qué son los neuroderechos*, cit. p. 96.

¹⁷⁶ KOROBKIN, «Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms», *Vanderbilt Law Review*, nº 51, 1998, pp. 1587-1592.

¹⁷⁷ RACHLINSKI, «Gains, Losses, and the Psychology of Litigation», *Southern California Law Review*, Vol. 70, No. 1, 1996-1997, pp. 118-119.

¹⁷⁸ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 296.

¹⁷⁹ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 297.

¹⁸⁰ KOROBKIN/GUTHRIE, «Psychology, Economics and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer», *Texas Law Review*, No. 76, 1997, pp. 137-138, a partir de la premisa de que el abogado influye en la decisión de su cliente, explican la existencia, en primer lugar, de la denominada «libertarian approach», la cual considera que la única responsabilidad del abogado es servir los intereses de su cliente. Junto a ella se encuentra la llamada «regulatory approach» de la abogacía, que, no negando el valor de la lealtad del abogado hacia su cliente, sostiene que el abogado debe ponderar tal lealtad frente a otra serie de valores, como, por ejemplo, la responsabilidad hacia terceras personas, incluyendo el propio ordenamiento jurídico y la sociedad en general.

ejemplo, hay dos maneras distintas de exponer los riesgos y los beneficios de una cirugía de cáncer de pulmón: de cada 100 pacientes que se someten a la misma a) «90 sobreviven al post-operatorio y 34 siguen viviendo al cabo de 5 años» o b) «10 mueren durante el post-operatorio y 66 fallecen durante los primeros cinco años». Se trata sustancialmente de la misma afirmación, pero los pacientes de modo mayoritario optarían por la operación si se les plantea de la primera forma¹⁸¹.

Este último ejemplo del ámbito médico posee consecuencias jurídicas cuando se interpone una demanda de responsabilidad civil frente al profesional sanitario por haber omitido la información al paciente sobre los riesgos de una operación. Explica FARNSWORTH¹⁸² que algunos analistas alegan, sin éxito, que el ordenamiento debería olvidarse de la pregunta de qué habría hecho el paciente en caso de haber sido correctamente informado, ya que no puede responderse a ella con certeza ante la imposibilidad de conocer ya *a posteriori*, una vez producido el daño, cómo habría el médico presentado los riesgos y los beneficios a su paciente. La doctrina española, por el contrario, sí que toma en consideración, en aplicación del criterio de imputación objetiva del incremento del riesgo y de cara al reconocimiento de una indemnización del daño corporal derivado de la falta de información, la incidencia que podría haber tenido sobre el efecto dañoso sufrido la voluntad hipotética del paciente. Así, se mantiene que, si el profesional sanitario logra demostrar que el paciente, de haber dispuesto de la información correcta antes del acto médico, habría decidido igualmente someterse al mismo, no podrá reclamar una indemnización por el daño corporal sufrido durante la operación, pero sí podrá ser indemnizado de la previa lesión de su libertad de autodeterminación¹⁸³.

3.4. Sesgo de anclaje.

Las personas se sienten más seguras si disponen, a la hora de tomar una decisión, de un punto de referencia, esto es, de una sugerencia externa sobre la que luego pueden ir introduciendo los ajustes que sean necesarios. Los anclajes (*anchoring*) son, pues, los cauces por los que un punto de referencia previo sirve como amarre del curso de pensamiento subsiguiente¹⁸⁴. Se ha mantenido que con frecuencia «la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada» sobre el interesado y le causa errores que incluso pasan desapercibidos para este último¹⁸⁵.

Me refiero, en primer lugar, a los anclajes relativos a cifras. En EEUU se han llevado a cabo determinados experimentos que han demostrado, tanto para jurados como para jueces, que la petición por parte de un abogado de una cantidad elevada en concepto de indemnización por los daños no patrimoniales sufridos por su cliente tiende a dar buenos resultados, seguramente no la correspondencia con la suma exacta solicitada, pero sí una muy superior a la que se habría

¹⁸¹ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 298.

¹⁸² FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 299.

¹⁸³ MACÍA MORILLO, «El daño derivado de la falta de información médica», en Herrador Guardia (dir), *Derecho de Daños 2020*, Lefebvre, 2020, p. 613 y RIBOT IGUALADA, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/2399)», *CCJC*, núm. 74, 2007, p. 794.

¹⁸⁴ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 301.

¹⁸⁵ MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales», cit.p. 5.

logrado de haber pedido menos en un inicio. La petición del demandante opera de manera más decisiva como ancla que la que pueda llevar a cabo el demandado¹⁸⁶.

Estos experimentos se han hecho en el *Common Law* norteamericano identificando el sesgo de anclaje respecto a la cifra reclamada por el actor en concepto indemnizatorio. Se ha señalado¹⁸⁷ que suele atribuirse el mérito de haber identificado y medido el sesgo de anclaje en casos reales a un estudio cuantitativo y cualitativo sobre sentencias de tribunales penales españoles, en el que se analizaron 555 sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y los Juzgados de lo penal de la Comunidad Autónoma de Galicia en el periodo correspondiente a los años 1980 a 1995. Dicho estudio afirma que las conclusiones del Ministerio Fiscal respecto del fallo de la sentencia de primera instancia y del fallo de esta última en relación al del tribunal de apelación actúan como anclas. Y ello en cuanto que en un 63,6% de los casos la sentencia de instancia coincide con las conclusiones del Ministerio Fiscal y la sentencia de apelación confirma el fallo de la sentencia de primera instancia¹⁸⁸. No obstante, se ha propuesto otra explicación alternativa a la de que los resultados de este concreto estudio obedecen a la sujeción de los jueces al sesgo de anclaje. Así, en cuanto al Ministerio Fiscal, este, a diferencia del resto de partes intervenientes en el proceso penal, está sujeto a los principios de legalidad e imparcialidad, de modo que es lógico que el juez de primera instancia siga su misma posición. Igual sucede con la sentencia de apelación, la cual, al decidir un recurso cuyo objeto es una resolución dictada conforme a la legalidad por un juez profesional, es normal que presente una coincidencia con esta última¹⁸⁹.

Esta misma explicación alternativa en relación con el ejemplo anterior puede trasladarse, en mi opinión, a otro ámbito muy distinto, el derecho de sucesiones. Del propio Código civil español (arts. 685 párrafo 1º in fine, 696 y 707.4º) deriva el deber material para el notario de emitir un juicio acerca de si el testador tiene la capacidad suficiente para testar en el momento del otorgamiento, es decir, que es mayor de catorce años y que puede conformar o expresar su voluntad, por sí solo o con ayuda de medios o apoyos para ello. La jurisprudencia suele interpretar con carácter unánime que al notario le basta, a la hora de emitir su juicio sobre la capacidad del testador, con hacer una apreciación subjetiva, esto es, debe limitarse a constatar el hecho de que el otorgante alcanza el grado suficiente de conocimiento y de voluntad para que le resulte imputable el acto que realiza. Los tribunales otorgan a esta apreciación subjetiva del notario respecto a la capacidad del testador un gran valor. Así, la jurisprudencia considera que el juicio favorable emitido por el notario constituye un refuerzo considerable de la presunción *iuris tantum* de la capacidad del testador derivada del principio general de capacidad del artículo 662 del Código Civil, justificándolo en el prestigio de la función notarial¹⁹⁰.

¹⁸⁶ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.pp. 302-303.

¹⁸⁷ CAVANILLAS MÚGICA, «Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos», en Ataz López/Cobacho Gómez (dirs), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 1431.

¹⁸⁸ FARÍÑA/ARCE/NOVO, «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», *Psicothema*, vol. 14, no. 1, 2002, pp. 39 ss (https://www.researchgate.net/publication/277272291_Heuristico_de_anclaje_en_las_decisiones_judiciales).

¹⁸⁹ CAVANILLAS MÚGICA, «Cuantificación del daño moral», cit.p. 1431. En un sentido similar se pronuncia, respecto al seguimiento por los jueces de las conclusiones del Ministerio Fiscal, MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos», cit.p. 20.

¹⁹⁰ Por todas la STS 156/2023, Civil, de 3 febrero (ECLI: ES:TS:2023:816. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg).

Aquí puede existir la misma duda acerca de si los jueces, en la resolución de un litigio sobre impugnación del testamento por falta de capacidad del testador, sufren el sesgo de anclaje respecto del juicio favorable a la capacidad de testar del notario en el momento del otorgamiento del testamento o, por el contrario, no sufren dicho sesgo sino que simplemente acaban llegando a la misma conclusión mantenida de modo previo por un profesional del derecho con conocimientos especializados en la materia. Es cierto que siempre puede estar la sombra de la duda de que el juez sí sufra el denominado sesgo de autoridad, que consiste en la tendencia a considerar válidas las creencias u opiniones de ciertos individuos por el hecho de su profesión, conocimiento, etc. Como antes he apuntado, en este sentido es la propia jurisprudencia la que justifica el gran valor que concede al juicio notarial de capacidad de testar en el prestigio de la función de este colectivo.

La misma idea del anclaje cabe trasladarla a procesos de negociación dirigidos a una transacción sobre una reclamación dineraria o en general a una oferta contractual. El importe inicial ofertado a la baja (2.000 euros), aun consciente de que va a ser rechazado, puede operar como punto de anclaje. La propuesta preliminar por 2000 euros acaba provocando que una ulterior de 12.000 euros parezca más atractiva a la contraparte que si la inicial hubiera sido de 10.000 euros. Ello se denomina en psicología la «técnica del portazo» (*the foot-in-the-door*). La oferta inicial es rechazada por ridícula -el oferente recibe el portazo en toda la cara- pero lleva consigo que la contraparte se muestre más receptiva a la propuesta no tan ridícula que va a hacerse a continuación¹⁹¹.

Los efectos del sesgo de anclaje no solo afectan a hipótesis de formulaciones en cifras, sino que también afectan a la redacción de un borrador de contrato o de cualquier otro documento con trascendencia jurídica (orden del día, ponencia sobre la que luego se basa la sentencia, testamento...). Las cláusulas estándar en un borrador de contrato, por ejemplo, pueden constituir perfectamente un ancla que influye en el entendimiento y consenso de una y otra parte acerca de lo que parece razonable, conduciendo a resultados sustancialmente distintos en las negociaciones respecto a los que habrían sido previsibles de no haber partido de las cláusulas que actúan como ancla¹⁹².

3.5. Reacciones del ordenamiento jurídico para prevenir decisiones sesgadas e irracionales por parte de los consumidores y usuarios.

El ordenamiento jurídico es cada vez más receptivo al margen de irracionalidad del consumidor o usuario y, por tanto, a que este pueda tomar decisiones sesgadas¹⁹³. Ello se hace muy patente en la evolución de la regulación de los deberes de información al consumidor o al usuario que se imponen al empresario o al profesional, en el sentido de que la obligación de información es cada

¹⁹¹ Sobre ello, dando cuenta de tres experimentos, CIALDINI/VINCENT/LEWIS/CATALAN/WHEELER/DARBY, «Reciprocal Concessions Procedure for Inducing Compliance: The Door-in-the-Face Technique», *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 31, No. 2, 1975, pp. 206-215.

¹⁹² FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 308.

¹⁹³ Señala la STJUE, Sala quinta, de 14 de noviembre de 2024 (asunto C-646/22) (ECLI: EU:C:2024:957. Ponente: Csehi, Zoltan), en un caso de venta cruzada de préstamos personales y seguros como posible práctica comercial agresiva, que el concepto de “consumidor medio” en cuanto “razonablemente atento y perspicaz” no excluye que pueda tomarse en consideración la influencia de sesgos cognitivos en el mismo, siempre que se acredite que tales sesgos pueden afectar a una persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz y en una medida tal que su comportamiento se vería modificado de forma sustancial (punto 53).

vez más proactiva para que aquellos puedan adoptar decisiones racionales¹⁹⁴. Como se ilustra a continuación a través de dos ejemplos, en un inicio era suficiente con que la información estuviera disponible para el consumidor o cliente, después se ha evolucionado a que el empresario o el profesional deban asegurarse tanto de la recepción de la información por el consumidor o el cliente como de que esta sea comprensible desde el punto de vista gramatical, hasta llegar a tener que garantizar, en mayor o menor medida, la comprensión real de la misma¹⁹⁵. En cualquier caso, cabe plantearse si el exceso de información no podría provocar en el cliente una cierta fatiga que le conduzca finalmente a ser incapaz de tomar una decisión informada, equiparándose al caso del cliente que no ha recibido ninguna información¹⁹⁶.

Un primer ejemplo es el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad civil del abogado por el incumplimiento del deber de información, siendo tal deber desde el punto de vista temporal la primera obligación que corresponde al abogado, ya que incluso la llevanza judicial de un determinado asunto del cliente exige una previa información sobre las probabilidades de éxito del pleito que quiere interponerse. Pero, además, se trata de un deber que ha de respetar el letrado durante el desarrollo de la relación contractual e, incluso, tras su extinción¹⁹⁷. Hasta mediados de la década de los noventa del siglo XX no hay demandas en las que el cliente solicite responsabilidad civil al abogado por incumplimiento del deber de información, seguramente por la ignorancia de los propios clientes, pero en el momento presente sí existe ya una doctrina definida del Tribunal Supremo sobre la obligación de informar¹⁹⁸.

En particular, la STS de 14 de mayo de 1999 es una magnífica muestra de la creciente exigencia en cuanto al contenido y alcance de la obligación de informar del abogado, de modo que la citada sentencia requiere que este último se cerciore, no solo de que la información ha sido recibida por el cliente, sino también de que ha sido realmente comprendida por este último, extendiéndose además tal deber de información a otras materias más allá de las que constituyen el objeto del contrato en sentido estricto. Ello tiene como consecuencia, sin duda, la aproximación del deber

¹⁹⁴ En este sentido se pronuncia CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 6. Ha señalado SUNSTEIN, «Algunas ideas generales sobre las aportaciones conductuales y los Nudges», en Ponce Solé (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 23, que en el contexto del comportamiento de los consumidores los requisitos de información han protegido a estos frente a graves daños económicos.

¹⁹⁵ Apunta las fases de la evolución CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 6.

¹⁹⁶ En este sentido CRESPO MORA, *La prestación de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 112-113. En línea similar Hubbard, que trata de salvar el *behavioural law and economics* mediante el recurso a la física, señala que suministrar al consumidor más información con el objetivo de que adopte decisiones racionales carece de efectos continuos, esto es, más información no implica más racionalidad del consumidor. A partir de un determinado momento la utilidad marginal de proporcionar más información a este último deviene cero o negativa. Sobre la tesis de Hubbard consultese el ya citado trabajo de ALFARO AGUILA-REAL, «Analogías excesivas: sobre el AED 3.0, la Física y la Psicología Económica», véase epígrafe «aplicaciones».

¹⁹⁷ CRESPO MORA, «La responsabilidad del abogado», *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, nº 25, 2006, p. 266.

¹⁹⁸ CRESPO MORA, «La responsabilidad del abogado», cit.p. 267. Algunas hipótesis que se han dado son, por ejemplo, cuando el abogado presenta la demanda o el recurso fuera de plazo y no informa de ello al cliente (STS 117/2000, Civil, de 8 de febrero (RJ/2000/842. Ponente: José Almagro Nosete); cuando se reprocha al abogado que, tras el sobreseimiento de la causa penal, no haya puesto en conocimiento de los clientes la posibilidad de exigir responsabilidad civil a los presuntos causantes del daño (STS, Civil, de 14 de mayo de 1999) (RJ/1999/3106. Ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa); o cuando el abogado no proporciona una información «adecuada» (STS, Civil, de 25 de marzo de 1998) (RJ/1998/1651. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz).

de información del abogado a una obligación de resultado muy similar a la obligación de información del personal sanitario con el paciente, entendida como la efectiva comprensión de la información por parte del cliente¹⁹⁹. Y, además, implica que el abogado debería adoptar una serie de medidas de cautela ante una potencial demanda de responsabilidad civil del cliente, como puede ser, por ejemplo, la firma de un documento por el cliente tras la comunicación de la información, en el que admite que ha entendido perfectamente la misma.

Los hechos de la sentencia citada son los siguientes: El día 13 de julio de 1991 falleció en las piscinas municipales de Melgar de Fernamental (Burgos), el joven Javier I. G., de 17 años de edad e hijo de los demandantes, siendo la causa inmediata del fallecimiento la parada cardio-respiratoria como consecuencia de sumersión. Ello dio lugar a la apertura de diligencias previas ante el Juzgado de Instrucción Número Seis de Burgos, que fueron archivadas por Auto de 31 de enero de 1992, que devino firme al no ser recurrido. El matrimonio actor había encomendado la defensa de sus intereses al letrado únicamente en la vía penal, no constando que este asumiese la obligación genérica de defender en toda clase de procedimientos los intereses de los demandantes.

Ante el silencio del abogado y el transcurso del tiempo el padre del fallecido le solicita una entrevista, que tiene lugar a primeros de julio de 1993, siendo en ese momento cuando se entera del archivo de las diligencias penales, que no había sido recurrido dicho archivo y que había pasado el año necesario para el posible ejercicio de las acciones derivadas de la responsabilidad civil. Por consiguiente, solo en ese instante el padre es consciente de que había perdido tanto la oportunidad de ejercer acciones penales contra el Ayuntamiento como la posibilidad de interponer la acción civil en virtud del artículo 1902 del Código Civil contra el Ayuntamiento y la Compañía de Seguros con la que el primero tenía suscrita una póliza de riesgos.

Se considera probado que el abogado había enviado una carta a los clientes dos días después de que la resolución de archivo de las actuaciones penales fuera notificada al procurador. La carta señala lo siguiente: «Muy señor mío: El Juzgado de Instrucción Número Seis de Burgos, ha dictado auto sobreseyendo las diligencias penales incoadas con motivo del triste fallecimiento de su hijo Javier (qepd). A la vista de las pruebas practicadas, entiendo que no hay responsabilidad penal alguna, y no merece la pena recurrir el auto, pues nada conseguiríamos. Reciba un cordial saludo».

La demanda de responsabilidad civil del matrimonio actor contra el letrado fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima el recurso del matrimonio actor entendiendo que hay responsabilidad civil por incumplimiento del deber de informar al cliente. Los fundamentos de derecho 2º y 4º de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el alcance del deber de información señalan, respectivamente:

« (...) la diligencia exigida al Letrado requería inexcusablemente cerciorarse de la recepción de la misiva y de si sus clientes comprendían su contenido, así como los efectos jurídicos y vías procesales (...).»

¹⁹⁹ Parece entender que el deber de informar del abogado constituye una obligación de resultado CERVILLA GARZÓN, «Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado», *Actualidad Civil*, Tomo 4, número 40, semana del 27 de octubre al 2 de noviembre de 2003, Editorial La Ley, p. 1077.

«(...) aun cuando no constase que el citado Letrado hubiese asumido una obligación genérica de defender los intereses del matrimonio actor en toda clase de procedimientos al haber sido designado en un apoderamiento “apud acta” en punto a la defensa en las concretas diligencias penales en que decidieron personarse, no cabe duda alguna de que en la carta que les dirigió en la fecha del 6 de febrero de 1992, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecería la pena recurrir el auto de sobreseimiento de las referidas actuaciones penales, en cuanto que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes y a tenor de la diligencia correspondiente al buen padre de familia que impone el artículo 1104 del Código Civil, tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarles con detalle el alcance y significado de tales posibilidades».

Se ha mantenido²⁰⁰, sin duda con acierto, que en este tipo de casos en que la información constituye un deber accesorio, complementario o previo a la actividad principal a la que está obligado el abogado, lo único que se le puede exigir a este último es que despliegue toda su diligencia para lograr que el cliente comprenda la información. Pero no se le puede exigir, al contrario de lo que hace el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente citada, que consiga que el cliente asimile la información, porque éste no es un resultado que dependa sólo del abogado (pensemos, por ejemplo, en las distintas características culturales, sociales, etc que puede tener cada cliente²⁰¹). Por tanto, el abogado únicamente se compromete a una obligación de medios, que pasa, desde luego, porque emita una información completa, clara y sencilla²⁰².

Tras esta STS de 14 de mayo de 1999 no ha existido otra relativa a un letrado en la que se configure el deber de información de este al cliente como una obligación de resultado en el sentido antes apuntado, pero sí ha habido un pronunciamiento en sentido similar referido a otro profesional del derecho, en particular, a un notario. Se trata de la STS 1223/2007, Civil, de 28 de noviembre²⁰³, en un caso en que el notario tiene encomendadas funciones de gestión de la inscripción de una escritura de compraventa, otorgada ante él, en el Registro de la Propiedad, no

²⁰⁰ En este sentido CRESPO MORA, «La responsabilidad del abogado», cit.p. 268.

²⁰¹ Apunta que es imposible determinar un modelo tipo del contenido de deber de información en cuanto este dependerá, entre otros factores, del nivel cultural del cliente, ANDINO LÓPEZ, *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 70-71.

²⁰² A juicio de CRESPO MORA, (*La prestación de servicios jurídicos*, cit.pp. 114-115) la comprensión efectiva de la información por el cliente, exigida por la jurisprudencia, debería reconducirse a entender que al cliente se le debe explicar, no tanto el funcionamiento de los medios jurídicos elegidos sino los objetivos que se quieren conseguir con los mismos y los motivos justificativos de que se hayan descartado otras vías jurídicas igualmente viables. En esta misma línea mantenida por la anterior autora, dentro del apartado C del Libro IV del Marco Común de Referencia, dedicado al tipo genérico de la contratación de servicios, su capítulo 7 se ocupa de la modalidad contractual de la información y asesoramiento, cuyo ámbito objetivo abarca los contratos en virtud de los cuales una de las partes (el asesor) se compromete a proporcionar información o asesoramiento a la otra parte contratante (el cliente) [artículo IV.C.-7: 101 (1) DCFR]. En particular, en la parte que aquí interesa, el artículo IV.C.-7: 104, dedicado al alcance de la obligación de competencia y diligencia del asesor, señala que tal obligación exige que este último tome las medidas que considere razonables para garantizar que el cliente comprenda el contenido de la información. Consultese VON BAR/CLIVE (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 2, Sellier, Munich, 2009, pp. 1888-1889. En cualquier caso, la cuestión general sobre si el DCFR ha perseguido la eliminación de la obligación de medios y de resultado y si el prestador en la modalidad genérica del contrato de servicios se compromete en todo caso a la obtención de un resultado no deja de ser compleja; sobre ello CRESPO MORA, «Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el Derecho español y en el DCFR», *Noticias de la Unión Europea*, nº 320, septiembre de 2011, pp. 49-51.

²⁰³ RJ/2007/8124. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.

como funcionario público, sino como profesional del derecho, que es posible en cuanto el artículo 1 del Reglamento Notarial establece que los notarios son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del derecho. En el caso concreto la inscripción se denegó por la falta de aportación de las capitulaciones matrimoniales de la compradora, extremo del que sí fue advertida esta última, pero no por el propio notario sino por los empleados de una inmobiliaria. Sostiene la sentencia la responsabilidad civil del profesional, con contribución causal de la conducta de la perjudicada en un 50%, porque estima en su fundamento tercero que no se ha dado a la cliente «una información exacta sobre las consecuencias de la falta de inscripción, suministrada directamente a la interesada y sujeta a la comprobación de su compresión por esta (...)»²⁰⁴.

Un segundo ejemplo que cabe citar en relación con la ampliación del deber de información al consumidor es el de las cláusulas suelo, que son las que han generado mayor litigiosidad entre todas las predisposiciones en préstamos hipotecarios. El principal valor de la cláusula suelo en nuestro ordenamiento es que, a través de la misma, el Tribunal Supremo ha fijado el tipo de control al que deben sujetarse las condiciones generales que afectan al objeto principal del contrato²⁰⁵. Así, de gran relevancia fue la STS 241/2013, Civil (Pleno), de 9 de mayo²⁰⁶, al sostener que ciertas cláusulas suelo objeto del litigio son nulas al no superar un doble control de incorporación y transparencia. Según este pronunciamiento no es suficiente con que una cláusula sea clara y comprensible, sino que es necesario, además, para poder garantizar su comprensibilidad real, que el consumidor haya sido informado de su relevancia y efectos en el desarrollo razonable del contrato²⁰⁷. La citada sentencia declaró la nulidad de ciertas cláusulas suelo denunciadas, si bien con efectos limitados alegando la afección de la seguridad jurídica y el orden público económico, en cuanto señaló que no procedía la restitución a los demandantes de las cantidades percibidas indebidamente por aplicación de la cláusula con anterioridad a la fecha de la propia sentencia. Con ello se apartaba de lo señalado por el artículo 1303 del Código Civil español²⁰⁸.

En realidad, la etiquetación del control como «transparencia material», por oposición a formal, no la hace todavía la STS de 9 de mayo de 2013 sino la STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de

²⁰⁴ Entiende CRESPO MORA, *La prestación de servicios jurídicos*, cit.p. 113, que al tratarse de un caso en que el notario actúa con funciones propias de un profesional del derecho puede estimarse la existencia de una jurisprudencia consolidada sobre la configuración del contenido del deber de información del abogado.

²⁰⁵ MUÑIZ CASANOVA, *La cláusula suelo en el préstamo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 29.

²⁰⁶ ECLI: ES:TS:2013:1916. Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

²⁰⁷ Consultese especialmente los apartados 210 y 211 de la sentencia.

²⁰⁸ Sobre este fallo, muy polémico, consultese CAÑIZARES LASO, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *RDC*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre 2015, pp. 67-105; CARRASCO PERERA/GONZÁLEZ CARRASCO, «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, 2013, pp. 126-163; FENOY PICÓN, «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, fascículo III, 2018, pp. 924-937 y MIQUEL GONZÁLEZ, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM*, nº 27, 2013, pp. 223-252.

2016²⁰⁹, haciéndola suya el Tribunal Supremo a partir de la STS 30/2017, Civil, de 18 de enero²¹⁰. Desde la STS de 9 de mayo de 2013 numerosos han sido los pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo en esta materia, representando en este sentido una buena síntesis de la doctrina actual la recogida en la STS 1105/2024, Civil, de 16 de septiembre²¹¹:

«Esta Sala ha fijado jurisprudencia, expuesta en multitud de sentencias, sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario (v.gr. sentencias 54/2020, de 23 de enero, 285/2020, de 11 de junio y 513/2020, de 6 de octubre, entre otras).

En la jurisprudencia del TJUE han abordado esta cuestión las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, asunto C- 143/13, caso Matei; y 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove. A tenor de estas resoluciones, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

A su vez, la jurisprudencia de esta Sala (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan), con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia.

Además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicárseles un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo (...).

(...) Es necesario que haya habido una información adecuada y previa al acto de otorgamiento de la escritura, con antelación suficiente. Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta Sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la

²⁰⁹ En este sentido VAQUER ALOY, «El control de transparencia», en Morales Moreno (dir) y Blanco Martínez (coord), *Estudios de derecho de contratos*, Vol. II, BOE, Madrid, 2022, pp. 1314-1315.

La STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI: EU:C:2016:980. Ponente: Ponente: Egils Levits), que resuelve los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, se ocupa de corregir en ciertos aspectos la STS de 9 de mayo de 2013. Considera que la limitación temporal de los efectos jurídicos contenida en la STS de 9 de mayo de 2013 equivale a privar a todo consumidor que haya celebrado un contrato antes de esa fecha del derecho a lograr una restitución íntegra de las cantidades indebidamente desembolsadas a la entidad bancaria, contenido, por tanto, dicha sentencia una protección incompleta e insuficiente para el consumidor. Sobre la citada sentencia consultese MUÑIZ CASANOVA, *La cláusula suelo en el préstamo*, cit. pp. 332-334.

²¹⁰ ECLI: ES:TS:2017:123. Ponente: Pedro José Vela Torres.

²¹¹ ECLI: ES:TS:2024:4651. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán.

información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar (...»²¹².

La construcción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la transparencia material de las cláusulas suelo en buena medida es incorporada en la Ley 5/2019 de 15 de marzo de contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI) para todo el contenido de los contratos de crédito inmobiliario²¹³. Sin embargo, la ley no define la transparencia material, aunque su Exposición de Motivos señala que su objetivo es «garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material»²¹⁴. Otra cuestión que puede causar cierta perplejidad, además de la anteriormente indicada, es que, si bien en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se perseguía, como principal fin, la regulación del control de transparencia material de las cláusulas suelo, finalmente el texto definitivo prohíbe que en los préstamos con interés variable se incluyan cláusulas suelo²¹⁵.

A la pura transparencia formal se dedica el artículo 7 LCCI («obligaciones de transparencia en relación con los contratos»), aunque no se denomina de este modo. Contiene la obligación de los prestamistas de inscribir en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación y la obligación de tenerlas disponibles en su

²¹² Igualmente ha sostenido la jurisprudencia que en los casos en los que el préstamo hipotecario no es concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en el previamente concedido al promotor, que le vende la vivienda, no queda liberada la entidad bancaria prestamista de la obligación de suministrar al propietario la información necesaria para que pueda tomar una decisión consciente de contratar, con plena constancia de la carga económica y jurídica que le implica subrogarse en el préstamo hipotecario, incluso en supuestos de novación de algunas de sus condiciones contractuales. Lo establece por primera vez la STS 643/2017, Civil, de 24 de noviembre (ECLI: ES:TS:2017:4092. Ponente: Ponente: Rafael Sarazá Jimena). De modo más reciente la STS 1145/2024, Civil, de 18 de septiembre (ECLI: ES:TS:2024:4638. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán).

En la actualidad el protagonismo de las cláusulas suelo en el ámbito judicial ha sido sustituido por el de la cláusula que establece el interés remuneratorio y las cláusulas que regulan el sistema de amortización revolving. Así, a partir de las SSTS 154/2025, Civil (Pleno), de 30 de enero (ECLI: ES: TS: 2025: 242. Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) y 155/2025, Civil (Pleno), de 30 de enero (ECLI: ES: TS: 2025: 241. Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio), el Tribunal Supremo detalla, de cara a determinar la falta de transparencia, la información que debe suministrarse al consumidor al que se ofrece una tarjeta con la modalidad revolving.

²¹³ CÁMARA LAPUENTE, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», *Actualidad Civil*, Wolters Kluwer, marzo 2019, LA LEY 4525/2019, p. 5.

²¹⁴ Consideran llamativa esta falta de definición legal de la transparencia material tanto CÁMARA LAPUENTE, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», cit.p. 2, como MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», en Carrasco (dir), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2019, vid epígrafe III.1. (consulta online).

²¹⁵ Así, el artículo 21.3 LCCI señala que «En las operaciones con tipos de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés». Explica MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», véase epígrafe III.2 (consulta online), que en términos económicos carece de sentido tal prohibición, ya que es conveniente para el consumidor adecuadamente informado la oferta de préstamos con diverso tipo de régimen jurídico y económico. En cualquier caso, si se ha optado por la prohibición de las cláusulas suelo, carece de sentido ya el mantenimiento tal cual de los artículos 14 y 15 LCCI, redactados como si fuera posible la incorporación de tal cláusula. En un sentido similar MUÑIZ CASANOVA, *La cláusula suelo en el préstamo*, cit.pp. 417-418. Señala que tal estipulación quedaría reducida esencialmente a su incorporación en préstamos personales cuyo objeto no sea la adquisición o conservación de inmuebles, en préstamos hipotecarios cuya garantía no sea un inmueble de uso residencial y en préstamos de cualquier tipo formalizados por personas jurídicas que no actúen como consumidoras.

página web y, en su defecto, en sus establecimientos abiertos al público y, por último, contiene la garantía de accesibilidad de tal información a las personas con discapacidad. Por otra parte, el artículo 14 LCCI («normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios») mezcla obligaciones de transparencia formal y material²¹⁶. Así, en su apartado primero regula la transparencia formal al enumerar la documentación que el prestamista, el intermediario o su representante, deberán entregar al potencial prestatario con una antelación mínima a la firma del contrato de diez días naturales.

El apartado segundo del citado artículo 14 LCCI se ocupa ya de deberes de transparencia material del prestamista: «En particular, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. Las explicaciones deberán contener ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y, en su caso, de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo». Se ha subrayado²¹⁷ que tal precepto no implica ni repetir la información ya suministrada con la documentación ni dar un asesoramiento financiero al prestatario. El orden lógico habría de invertirse respecto al dispuesto en el mencionado apartado segundo del artículo 14 LCCI, esto es, el prestamista ha de dar primero explicaciones sobre la documentación entregada y luego, a continuación, ha de responder a las cuestiones planteadas por el prestatario. Las explicaciones deben ser adecuadas a las características personales de este último, con el fin de que pueda discernir correctamente si el contrato se corresponde a sus necesidades y pueda contratar con pleno conocimiento.

Una vez que el prestatario ha recibido la información previa y las explicaciones por parte del prestamista, el primero ha de firmar una manifestación (también el fiador y el garante no deudor, en caso de existir), en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido; manifestación que deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario (párrafo 1º del artículo 14 LCCI). Se considera un acierto que la Ley señale que esta manifestación haya de firmarse ante el prestamista y no ante el notario, en la medida en que puede que muchos préstamos sujetos a la LCCI no lleguen a formalizarse en escritura pública en cuanto no haya garantías reales²¹⁸. Por otra parte, la existencia de tal manifestación firmada no equivale a que el prestatario haya comprendido realmente, de modo efectivo, el significado y el alcance económico de la cláusula que incide en el objeto principal del contrato, entre otras razones, porque esa manifestación puede tratarse, incluso, de un documento prerrredactado por el propio prestamista. Sin embargo, en línea con la actual jurisprudencia en cláusulas suelo, se ha mantenido que no es preciso que el prestamista acredite que el prestatario comprendió perfectamente los efectos de la cláusula, al pertenecer tal extremo al ámbito interno de este último y ser de imposible prueba. Es suficiente, por tanto, con que el prestamista acredite que proporcionó las explicaciones adecuadas relativas a la cláusula, incluyendo los ejemplos de su aplicación práctica²¹⁹.

²¹⁶ En este sentido CÁMARA LAPUENTE, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», cit. p. 3.

²¹⁷ MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», véase epígrafe V.2.

²¹⁸ MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», véase epígrafe V. 3.

²¹⁹ En este sentido MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», véase epígrafe VI.1.

Por último, el artículo 15 LCCI se dedica de forma exclusiva a la «comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material». Además de la comprobación por el notario de que el prestamista ha cumplido los deberes anteriormente apuntados, también está obligado a dar al prestatario un asesoramiento gratuito y personalizado que complemente o refuerce su comprensión sobre el contenido y las consecuencias de la información recogida en la documentación entregada sobre la operación negocial. El notario ha de responder a las dudas del prestatario, informarle sobre las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una de las cláusulas, y presentarle un test para que lo responda, que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada. Todo lo anterior ha de quedar recogido en un acta²²⁰. El prestatario, o quien le represente a estos efectos, deberá comparecer ante el notario para que este pueda extender el acta, como tarde, el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo. El artículo 22.2 LCCI impide al notario autorizar la escritura de préstamo hipotecario si no se otorgó el acta y al registrador inscribir la escritura si en esta no incluye la reseña del acta.

Se ha señalado con acierto²²¹ que el acta solo hace prueba de los dos actos de los que puede dar fe el notario, en primer lugar, de la existencia del asesoramiento prestado por él mismo al potencial prestatario y, en segundo lugar, de la manifestación hecha por este último en el sentido de que ha recibido la documentación y explicaciones sobre su contenido. Pero el acta no podrá servir en ningún caso para acreditar el verdadero grado de comprensión interna del prestatario en cuanto pertenece a su esfera íntima (puede no decir la verdad o puede creer que lo entendía en ese momento y darse cuenta después que no fue así). Pero qué duda cabe de que los hechos constatados en el acta complicarán el éxito de una posible demanda judicial posterior del prestatario en la que este alegue la falta de conocimiento y comprensión real de las implicaciones jurídicas y económicas de la cláusula aceptada.

3.6. El uso de los sesgos de los ciudadanos en la configuración de las políticas públicas.

La capacidad de análisis conductual puede ir dirigido a promover la mejor gestión y aplicación de las políticas públicas. La regulación, esto es, la calidad de las normas a través de las que se quieren desarrollar las políticas públicas, posee una gran importancia. Cuando se aplican los conocimientos adquiridos en el análisis conductual para la mejora de la regulación han de tenerse en cuenta una serie de aspectos. Entre otros, las normativas tienen que diseñarse para simplificar la presentación de la información que se dirige al ciudadano y, además, es conveniente que usen las opciones por defecto, en cuanto tales opciones permiten lograr efectos mucho mejores²²².

Cabe citar algún ejemplo en el derecho civil. A diferencia de lo que sucede en otros países, la regulación de la donación de órganos en el ordenamiento español incluye el uso de opciones por

²²⁰ Véase artículo 15 apartados 1, 2 y 3 LCCI.

²²¹ CÁMARA LAPUENTE, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», cit.p. 11.

²²² En este sentido se pronuncia MARTÍN NÁJERA, «Análisis conductual y evaluación de las políticas públicas: un círculo virtuoso», en Ponce Solé (coord), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 229. A mi juicio, a la hora de desarrollar las políticas públicas ha de tenerse una cierta precaución con el uso en forma de paternalismo ético de los *Nudges* (empujoncitos conductuales) propuestos por SUNSTEIN/THALER, *Un pequeño empujón (Nudge): el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones, dinero y felicidad*, Taurus, Madrid, 2017.

defecto. Esto es, para el caso de fallecimiento será posible la extracción de órganos al cadáver con fines terapéuticos y científicos, siempre que la persona, en vida, no hubiese dejado constancia explícita de su oposición a la obtención de órganos tras su fallecimiento. Esto es, se presume su consentimiento si no hubo oposición expresa al respecto. Así lo establecen tanto el artículo 5.2 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos²²³ como el artículo 9.1.a) del Decreto 1723/2012 de 28 de diciembre que la desarrolla en el mismo sentido, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

El citado Decreto exige la adopción de una serie de comprobaciones por parte del responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes, debiendo extender un documento donde conste la investigación hecha acerca de si el donante hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares, o a los profesionales que le atendieron en el centro sanitario a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en la historia clínica, o en los medios previstos en la legislación vigente y, además, acerca del examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo. Igualmente se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria. Aunque en la práctica los coordinadores médicos piden a los miembros de la familia del fallecido su autorización a la donación, incide en la decisión de estos últimos el sesgo del *statu quo*, de modo que la negativa a la donación es absolutamente excepcional²²⁴.

Con independencia de que el uso de opciones por defecto, como la de donación de órganos, habría de regularse por ley orgánica al incidir en derechos fundamentales²²⁵, no hay duda del éxito de la citada regulación del modelo español, que lleva 28 años situado a la vanguardia mundial en donación y trasplante de órganos, posicionado como líder mundial con 15 trasplantes diarios, que representa el 20% de todas las donaciones de la Unión Europea y el 6% de las mundiales de acuerdo a los datos de la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), a pesar de que España apenas constituye el 9,1 % de la población europea y el 0,6 % de la mundial²²⁶. El

²²³ «La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición». La ley está publicada en el «BOE» núm. 266, de 6/11/1979.

²²⁴ CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 6.

²²⁵ En este sentido se pronuncia PONCE SOLÉ, «Diez reflexiones finales sobre las aportaciones conductuales y los acicates (nudges)», en Ponce Solé (coord), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 247. Sostiene, con razón, que no toda opción por defecto es aceptable jurídicamente, pues cabe que incida negativamente en derechos como la intimidad o la protección de datos personales, como ha ocurrido con el uso de cookies. De ahí que el Reglamento de Protección de Datos 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de sus datos, prohíbe ahora la opción por defecto de aceptación de cookies, requiriendo el consentimiento expreso (consultese la STJUE, Gran Sala, de 1 de octubre de 2019 asunto C-673/2017) (ECLI: EU:C:2019:801. Ponente: Rosas, Allan).

²²⁶ CRESPO GARAY, «España, líder mundial de trasplante de órganos durante 28 años», 13 mayo 2021 (<https://www.nationalgeographic.es/ciencia/2021/05/espagna-lider-mundial-en-trasplante-de-organos-durante-28-anos>) (fecha de consulta: 3/12/2024). Información comparada sobre 48 sistemas de donación y trasplante de órganos en SHEPHERD/O'CARROLL/FERGUSON, «An international comparison of deceased and living organ

prestigio mundial del sistema español se debe, por un lado, al modelo organizativo que gestiona la Organización Nacional de Trasplantes y, por otro, a la solidaridad de los ciudadanos, ya que el 86% de las familias consultadas autoriza la donación de órganos.

4. Bibliografía

AGUILERA, Adriana, *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ALEGRÍA, Daniela/VIVALDI, Lieta (editoras), *Reflexiones feministas sobre los cuidados*, LOM ediciones, Santiago de Chile, 2024.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, «El caso del pastelero que no quería hacer el pastel de boda a una pareja gay», *Almacén de Derecho*, 5 de julio de 2018 (<https://almacen.derecho.org/caso-del-pastelero-no-queria-pastel-boda-una-pareja-gay>).

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, «De nuevo sobre la Drittewirkung de los derechos fundamentales», *Almacén de Derecho*, 20 de diciembre de 2017 (disponible en <https://almacendedderecho.org/nuevo-la-drittewirkung-los-derechos-fundamentales>)

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Analogías excesivas: sobre el AED 3.0, la Física y la Psicología Económica», *Almacén de Derecho*, 21 abril de 2017 (<https://almacendedderecho.org/analogias-excesivas-aed-3-0-la-fisica-la-psicologia-economica>)

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, «Sesgos crematísticos en la investigación jurídica», *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016 (<https://almacendedderecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica>)

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. I, 1993, pp. 57-122.

ALLUEVA AZNAR, Laura, *Pensión compensatoria y autonomía privada familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ALLUEVA AZNAR, Laura, «Gènere i Dret de Família: Una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16, 2016, pp. 101-121 (<http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP>).

ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago/García RUBIO, Mª Paz (coords), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Iustel, 2007.

ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2014.

ASQUERINO LAMPARERO, María José, «Algoritmos, procesos de selección y reputación digital: una mirada antidiscriminatoria», *Documentación Laboral*, número 126, 2022, pp. 121-136.

AZPARREN LUCAS, Agustín, «Comentario al artículo 140 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir), *Comentarios a las Normas sobre Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1221-1231.

donation/transplant rates in opt-in and opt-out systems: a panel study», *BMC Medicine* 12: 131, 2014 (<https://bmcmedicine.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12916-014-0131-4>).

BARBA, Vincenzo, *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Objeto, ámbito de aplicación y sentido del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial», *El Reglamento europeo de inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 21-48.

BEETY, Valena Elizabeth, «Criminality and Corpulence: Weight Bias in the Courtroom», *Seattle Journal for Social Justice*, Volume 11, Issue 2, 2013, pp. 523-553.

BENÍTEZ BRITO, Néstor *et al.*, «Estigmatización de la obesidad: un problema a erradicar», *Revista Española de Nutrición Humana y Dietética* [online], vol. 25, n.1, 2021, pp. 5 – 7 (<https://dx.doi.org/10.14306/renhyd.25.1.1271>)

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, «Fundamental Rights and Horizontal Direct Effect under the Charter», en IZQUIERDO-SANS, Cristina/MARTÍNEZ-CAPDEVILA, Carmen/NOGUEIRA-GUASTAVINO, Magdalena (eds), *Fundamental Rights Challenges. Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation*, Springer, Switzerland, 2021, pp. 51-74.

BIDDLE, Jeff E./HAMERMESH, Daniel S., «Beauty, Productivity, and Discrimination: Lawyer's Looks and Lucre», *Journal of Labor Economics*, Volume 16, No. 1, 1998, pp. 172-201.

BRIDLE, James, *La nueva edad oscura. La tecnología y el fin del futuro*, Pérez Sánchez, Marcos (traductor), Debate, Barcelona, 2020.

BRÜGGEMEIER, Gert, *Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», *Actualidad Civil*, Wolters Kluwer, marzo 2019, LA LEY 4525/2019, pp. 1-13.

CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre 2015, pp. 67-105.

CARRASCO PERERA, Angel, *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos. Un manual para estudiantes de toda condición*, Dilex, Madrid, 2006.

CARRASCO PERERA, Angel/GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, 2013, pp. 126-163.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «El sesgo retrospectivo en el enjuiciamiento de la actividad médica», en GIL MEMBRADO, Cristina (dir y coord.), *Bioderecho y Retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 337-353.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos», en ATAZ LÓPEZ, Joaquín/ COBACHO GÓMEZ, José Antonio (dirs), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1393-1438.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Los sesgos del jurista (Una lección inaugural de curso)», *Blog Zona Bolonia*, 23/09/2016, pp. 1-9 (<https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos-el-jurista-una-leccion.html>).

CERVILLA GARZÓN, M^a Dolores, «Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado», *Actualidad Civil*, Tomo 4, número 40, semana del 27 de octubre al 2 de noviembre de 2003, Editorial La Ley, pp. 1075-1090.

CHAVES GARCÍA, José Ramón, «Viaje a la mente de un juez que afronta la responsabilidad sanitaria: Juicios, prejuicios, sesgos y otros atajos mentales», en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (dir), *Responsabilidad médica-sanitaria*, Sepín, Madrid, 2022, pp. 735-769.

CHAVES GARCÍA, José Ramón, *Cómo piensa un juez. El reto de la sentencia justa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

CHESTERMAN, Simon, *We, The Robots? Regulating Artificial Intelligence and the Limits of the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, UK-New York, USA, 2021.

CIALDINI, Robert B./VINCENT, Joyce E./LEWIS, Stephen K./CATALAN, Jose/WHEELER, Diane/DARBY, Betty Lee, «Reciprocal Concessions Procedure for Inducing Compliance: The Door-in-the-Face Technique», *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 31, No. 2, 1975, pp. 206-215.

CRESPO GARAY, Cristina, «España, líder mundial de trasplante de órganos durante 28 años», 13 mayo 2021 (<https://www.nationalgeographic.es/ciencia/2021/05/espana-lider-mundial-en-trasplante-de-organos-durante-28-anos>).

CRESPO MORA, M^a del Carmen, *La prestación de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

CRESPO MORA, M^a del Carmen, «Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el Derecho español y en el DCFR», *Noticias de la Unión Europea*, nº 320, septiembre de 2011, pp. 45-58.

CRESPO MORA, M^a del Carmen, «La responsabilidad del abogado», *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, nº 25, 2006, pp. 257-285.

DANZINGER, Shai/LEVAV, Jonathan/AVNAIM-PESSO, Liora, «Extraneous factors in judicial decisions», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol. 108, Issue 17, 2011, pp. 6889-6892.

DEL OLMO, Pedro, «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», en DÍEZ-PICAZO, Luis (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Tomo I, 1^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1079-1105.

DEL OLMO, Pedro, «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», *InDret 4/2013*, pp. 1-54.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. IV (La responsabilidad extracontractual), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.

DÍEZ SASTRE, Silvia, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas», *InDret* 1/2024, pp. 1-53.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora», *InDret* 2/2016, pp. 1-41.

EISENBERG, Melvin Aron, «The Limits of Cognition and the Limits of Contract» 47 *Stanford Law Review*, nº 47, 1995, pp. 211-259.

ESPÍN ALBA, Isabel, «Sesgos discriminatorios en la toma automatizada de decisiones en la contratación y protección de datos», en ALVAREZ LATA, Natalia (coordinadora), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 123-186.

EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, Publications Office, 2019 (<https://data.europa.eu/doi/10.2838/573689>).

FARIÑA, Francisca/ARCE, Ramón/Novo, Mercedes, «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», *Psicothema*, vol. 14, no 1, 2002, pp. 39-46 (disponible en https://www.researchgate.net/publication/277272291_Heuristico_de_anclaje_en_las_decisiones_judiciales).

FENOY PICÓN, Nieves, «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, 2018, pp. 855-1046.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, «Comentario al artículo 9.2 CE», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), PÉREZ MANZANO, Mercedes/BORRAJO INIESTA, Ignacio (coords.), *Comentarios a la CE 1978, XL aniversario*, tomo I, Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 164-174.

FERRÁNDIZ, José Pablo /CAMAS GARCÍA, Francisco, *La cocina electoral en España. La estimación del voto en tiempos de incertidumbre*, Catarata, Madrid, 2019.

FISCHHOFF, Baruch, «Hindsight [not=] Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty», *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, Vol. 1, No.3, 1975, pp. 288-299.

GARCÍA MAYO, Manuel, *Pactos prematrimoniales: En previsión de crisis matrimonial*, J.M. Bosch, Barcelona, 2023.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», en MESA MARRERO, Carolina (dirección), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 77-92.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en GARCÍA RUBIO, Mª Paz/VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario (dirs.), LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura/OTERO CRESPO, Marta (coords.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1073-1120.

GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, 2003, pp. 1653-1674.

GARRIGUES WALKER, Antonio/GONZÁLEZ DE LA GARZA, Luis Miguel, *Qué son los neuroderechos y cuál es su importancia para la evolución de la naturaleza humana. Reflexiones sobre el derecho, las neurotecnologías y la IA emergentes*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2024.

GIL MEMBRADO, Cristina, «Daños producidos por la IA: la opacidad del algoritmo y el efecto de caja negra», en ALVAREZ LATA, Natalia (coordinadora), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 501-547.

GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GINÈS FABRELLAS, Anna, «Analítica de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación», *Labos*, Número extraordinario *Normativa europea sobre inteligencia artificial*, vol. 5, 2024, pp. 99-130.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «La nueva Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *La Ley Unión Europea*, nº 133, Febrero 2025, pp. 1-13.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Concepto de daño moral», en GÓMEZ POMAR, Fernando/MARÍN GARCÍA, Ignacio (dirs), *El daño moral y su cuantificación*, 3^a edición, Bosch, Barcelona, 2023, pp. 29-81.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos/GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel, «Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Technologies», *InDret 1/2020*, pp. 501-511.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, «El relativo valor de la justicia administrativa. Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La “zona de lo interpretable” y el azar en el Derecho», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, pp. 1-18.

GRAVETT, Willem H., «Judicial Decision-Making in the Age of Artificial Intelligence», en SOUSA ANTUNES, Henrique *et al* (eds), Springer, 2024, pp. 281-297.

GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, «Recensión al libro *Principio de no discriminación y contrato*», *ADC*, Tomo LXXVII, fascículo II, 2024, pp. 865-879.

IGLESIAS CANLE, Inés Celia/GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Ana Isabel, «Sesgos de género y decisión judicial (I): Análisis práctico y legal de la custodia de menores en el proceso matrimonial», en BONORINO, Pablo (coordinador), *Sesgos, argumentación y decisión judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 129-148.

JOLLS, Christine/SUNSTEIN, Cass R., «Debiasing Through Law», No. w11738, November 2005, pp. 1-49 (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=842473>)

KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Chamorro Mielke, Joaquín (traducción), 7^a edición, Debate, Barcelona, 2015.

KAHNEMAN, Daniel/TVERSKY, Amos, “Prospect theory: An analysis of decision under risk”, *Econometrica*, Vol. 47, No.2, 1979, pp. 263-291.

KAHNEMAN Daniel/ SIBONY, Olivier/SUNSTEIN, Cass R., *Un fallo en el juicio humano*, Chamorro Mielke, Joaquín (traducción), Debate, Barcelona, 2021.

KOROBKIN, Russell, «Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms», *Vanderbilt Law Review*, nº 51, 1998, pp. 1584-1651.

KOROBKIN, Russel/GUTHRIE, Chris, «Psychology, Economics and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer», *Texas Law Review*, No. 76, 1997, pp. 77-141.

KURAN, Timur, *Private Truths, Public Lies. The Social Consequences of Preference Falsification*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1995.

LAMARCA MARQUÉS, Albert, «Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència», en Institut de Dret Privat Europeu i Comparat. Universitat de Girona (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: materials de les Dissetenes Jornades de dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, 2013, pp. 445-480.

LESSIG, Lawrence, «The Regulation of Social Meaning», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 62, No. 3, 1995, pp. 943-1045.

LÓPEZ PAZ, Laura, «Los sondeos electorales como problema de desinformación: ¿Una verdad a medias? Estudio de caso sobre las elecciones autonómicas de la Comunidad de Madrid del 4 de mayo de 2021», *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, nº 3, 2021, pp. 1-12.

LÓPEZ SUÁREZ, Covadonga/NEUPAVERT ALZOLA, Mario/CERVILLA GARZÓN, Mª Dolores (coords), *Pactos familiares en previsión de ruptura*, Atelier, Madrid, 2024.

LUUS, C. A. Elizabeth/WELLS, Gary L., «The Malleability of Eyewitness Confidence: Co-Witness and Perseverance Effects», *Journal of Applied Psychology*, Vol. 79, No.5, 1994, pp. 714-723.

MACÍA MORILLO, Andrea, «Comentario al art. 137 TRLGDCU», en CAÑIZARES LASO, Ana (directora) y ZUMAUQUERO GIL, Laura (coord.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1993-2013.

MACÍA MORILLO, Andrea, «El daño derivado de la falta de información médica», en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (dir), *Derecho de Daños 2020*, Lefebvre, 2020, pp. 531-617.

MACKAY, Anita, «Who gets a better deal? Women and Prenuptial Agreements in Australia and the USA», *U.W. Sydney Law Review*, nº 7, 2003, pp. 109-133.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «El control de transparencia material», en CARRASCO, Angel (director), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (consulta de la versión online de la obra).

MARTÍN CASALS, Miquel, «Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret 3/2023*, pp. 1-46.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Sobre la Propuesta del nuevo "Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación": exposición general y crítica», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Número 50, segundo semestre 2014, pp. 41-68.

MARTÍN CASALS, Miquel (coordinador), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor», en SALVADOR CODERCH, Pablo (dir), *El Mercado de las Ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 382-410.

MARTÍN CRITIKIÁN, Davinia/SOLANO ALTABA, María/ SERRANO OCEJA, José Francisco, «Hábitos de consumo de moda a través de influencers en la Generación Z», *Vivat Academia. Revista de Comunicación*, nº 155, 2022, pp. 39-68.

MARTÍN NÁJERA, Santiago A., «Análisis conductual y evaluación de las políticas públicas: un círculo virtuoso», en PONCE SOLÉ, Juli (coord.), *Acicates (judges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 218-241.

MARTÍN VIDA, María Angeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003.

MEDINA ALCOZ, María, «Los acuerdos prematrimoniales: Análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común», en ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa (dir), *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, La Ley, 2013, pp. 279-340.

MESA MARRERO, Carolina, «Comentario al art. 663 CC», en GARCÍA RUBIO, Mª Paz/MORO ALMARAZ, Mª Jesús (eds), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 501-504.

MESA MARRERO, Carolina, «El derecho de daños desde una perspectiva de género», en MESA MARRERO, Carolina (dir), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 281-308.

MILLER, Andrea L., «Expertise Fails to Attenuate Gendered Biases in Judicial Decision-Making», *Social Psychological and Personality Science*, Volume 10, Issue 2, 2019, pp. 227-234.

MIQUEL GONZÁLEZ, José Mª, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 27, 2013, pp. 223-252.

MUÑIZ CASANOVA, Natalia, *La cláusula suelo en el préstamo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, «Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica», *InDret* 4/2019, pp. 1-55.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *InDret* 2/2011, pp. 1-39.

MYERS, David G./ TWENGE, Jean M., *Psicología social*, 13^a edición, McGrawHill, México, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi, «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez», *InDret* 1.2025, pp. 382-405.

ORTEGA KLEIN, Andrés, «Juez con robot, más que robot juez», en CASAS BAAMONDE, María Emilia (dir), *Derecho y Tecnologías*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 2025, pp. 45-70.

PAPAYANNIS, Diego M., «El enfoque económico del Derecho de Daños», *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 32, 2009, pp. 460-495.

PARRA LUCÁN, María Angeles, «Comentario al artículo 137 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 1965-1995.

PARRA LUCÁN, María Angeles, «Comentario al artículo 140 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 2024-2036.

PATRY, Marc W., «Attractive but Guilty: Deliberation and the Physical Attractiveness Bias», *Psychological Reports*, Volume 102, Issue 3, 2008, pp. 727-733.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «Prólogo» al libro *El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el Derecho*, de Ward Farnsworth, Ramón Girbau Pedragosa (traductor), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

PÉREZ CURIEL, Concha/LUQUE ORTIZ, Sergio, «El marketing de influencia en moda. Estudio del nuevo modelo de consumo en Instagram de los millennials universitarios», *adComunica: Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº 15, 2018, pp. 255-281.

PONCE SOLÉ, Juli, «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 9, 2024, pp. 171-220.

PONCE SOLÉ, Juli, «Diez reflexiones finales sobre las aportaciones conductuales y los acicates (nudges)», en PONCE SOLÉ, Juli (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 243-253.

POSNER, Richard A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2008.

POSNER, Richard A., *Catastrophe, Risk and Response*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

RACHLINSKI, Jeffrey J., «A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 65, 1998, pp. 571-625.

RACHLINSKI, Jeffrey J., «Gains, Losses, and the Psychology of Litigation», *Southern California Law Review*, Vol. 70, No. 1, 1996-1997, pp. 114-185.

REY MARTÍNEZ, Fernando, «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 125-171.

RIBOT IGUALADA, Jordi, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/2399)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 74, 2007, pp. 773-800.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, «Comentario al artículo 663 CC», en CAÑIZARES LASO, Ana (dir), *Comentarios al Código Civil*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3253-3261.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, «Comentario al artículo 666 CC», en CAÑIZARES LASO, Ana (dir), *Comentarios al Código Civil*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3372-3275.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, «Discriminación positiva y profesorado universitario. Especial atención al acceso y promoción de la función pública», en PERDICES HUETOS, Antonio/ ORTEGA BERNARDO, Julia (coords), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Universidad y Derecho. Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, nº 24, BOE, Madrid, 2020, pp. 287-300.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, «Indemnización por causa de muerte: análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español», *InDret 2/2015*, pp. 1-53.

ROMERO RÓDENAS, María José, «La mujer en la universidad: un grupo históricamente discriminado», *The Conversation*, 07/07/2019 (disponible en <https://theconversation.com/la-mujer-en-la-universidad-un-grupo-historicamente-discriminado-119792>)

RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Discriminación inversa e igualdad», *El concepto de igualdad*, VALCÁRCEL, Amelia (coord.), Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 77-94.

RUVA, Christine L./GUENTHER, Cristina C., «Keep your bias to yourself: How deliberating with differently biased others affects mock-jurors' guilt decisions, perceptions of the defendant, memories, and evidence interpretation», *Law and Human Behavior*, Volume 41, Issue 5, 2017, pp. 478-493.

SALVADOR CODERCH, Pablo/RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, «Capítulo IV: Defectos de producto», en SALVADOR CODERCH, Pablo/GÓMEZ POMAR, Fernando (eds), *Tratado de Responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 135-219.

SALVADOR CODERCH, Pablo/SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

SCHERPE, Jens M., "Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective", en SCHERPE, Jens M. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 443 ss.

SHEPHERD, Lee/O'CARROLL, Ronan/FERGUSON, Eamonn, «An international comparison of deceased and living organ donation/transplant rates in opt-in and opt-out systems: a panel study», *BMC Medicine* 12: 131, 2014 (<https://bmcmedicine.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12916-014-0131-4>)

SIERRA NOGUERO, Eliseo, «La responsabilidad civil por la contaminación por hidrocarburos derivada del accidente del buque Prestige», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 95, núm. 775, 2019, pp. 2637-2650.

SIMON, Herbert A., *Models of Man*, 5^a impresión de la obra de 1957, John Wiley & Sons, Inc., New York-London-Sidney, 1967.

SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario al art. 140 TRLGDCU», en CAÑIZARES LASO, Ana (directora) y ZUMAQUERO GIL, Laura (coord.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2073-2074.

SOLÉ FELIU, Josep, «Comentari al article 231-20 del Codi Civil de Catalunya», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep (dirs), FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.), *Comentari al Llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 146-161.

STROHMAIER, Niek/PLUUT, Helen/VAN DEN BOS, Kees/ADRIAANSE, Jan/VRIESENDORP, Reinout, «Hindsight bias and outcome bias in judging director's liability and the role of free will beliefs», *Journal of Applied Social Psychology*, No. 51, 2021, pp. 141-158.

SUNSTEIN, Cass R., «Algunas ideas generales sobre las aportaciones conductuales y los Nudges», en PONCE SOLÉ, Juli (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 21-28.

SUNSTEIN, Cass R./THALER, Richard H., *Un pequeño empujón (Nudge): el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones, dinero y felicidad*, Taurus, Madrid, 2017.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of The Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Newark, NJ LexisNexis, 2002.

VAQUER ALOY, Antoni, «El control de transparencia», en MORALES MORENO, Antonio Manuel (dir) y BLANCO MARTÍNEZ, Emilio (coord.), *Estudios de derecho de contratos*, Vol. II, BOE, Madrid, 2022, pp. 1307-1332.

VELASCO CABALLERO, Francisco, «Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del Derecho Administrativo», en PONCE SOLÉ, Juli (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 109-131.

VICENTE, Lucía/MATUTE, Helena, «Humans inherit artificial intelligence biases», *Scientific Reports*, 6-13:15737, 2023 (<https://www.nature.com/articles/s41598-023-42384-8.pdf>).

VIVAS TESÓN, Inmaculada, «El derecho contractual antidiscriminatorio: drittewirkung y libertad negocial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, N. 1, 2021, pp. 672-692.

VON BAR, Christian/CLIVE, Eric (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vols. 1, 2 y 4, Sellier, Munich, 2009.

YECHIAM, Eldad, «Acceptable losses: the debatable origins of loss aversion», *Psychological Research*, vol. 83, 2019, pp. 1327-1339.