

construir unos criterios generales que se comentan y desarrollan en el convencimiento de que su exposición supone una labor valiosa y necesaria. Es el valor de dicha jurisprudencia lo que se subraya durante todo el libro, su acierto y ponderación en la toma de partido en un sentido o en otro y, fundamentalmente, su valor pedagógico y *pro futuro*.

Ese valor *pro futuro* se advierte fácilmente en el interés de la materia tratada. La discreción del autor evita en todo momento conectar el texto con supuestos de actualidad que podrían hacerlo caer en lo anecdótico, pero la misma se manifiesta al lector sin más ayuda. Sólo cuando en la introducción se mencionan noticias periodísticas sobre matanzas en Irak o en Pakistán por motivos religiosos, conectamos dichas informaciones con otras que se centran en el continente europeo, que hablan de la libertad religiosa frente a la libertad artística, de expresión y de prensa, y advertimos el discurso más general en el que se inscribe el libro. En el seno de éste, el volumen adopta una toma de postura que nos dice que el conflicto que presenta lo religioso entre personas de diferentes creencias y aun culturas no puede abordarse, como reclaman algunas voces, y practican con sus actos otros, desde el enfrentamiento, la negación del otro o la violencia sin más. Frente a esto ha de oponerse la tolerancia y el respeto, el pluralismo, los valores que se muestran en la conformación de una cultura europea de los derechos fundamentales, que se sitúa en el corazón del ser europeo, y que constituye un tesoro para afrontar y resolver los desafíos que el devenir del mundo nos presenta hoy. Ningún menoscabo a tales derechos: es a través de su defensa y ponderación como han de afrontarse tales conflictos, y en esto, pocos ejemplos como la labor del Tribunal de Estrasburgo en la delimitación, concreción, defensa y ponderación de la libertad religiosa pueden ser más útiles para encontrar el camino a seguir. En la defensa de esta posición, en la precisión de ese camino, encontrará el lector en el libro reseñado un valioso material.

Rodrigo MORENO FUENTES
Universidad Complutense de Madrid

MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007, 564 págs.

El año 2007 ha visto cómo sólo en nuestro país se publicaban más de cuarenta libros sobre el Derecho de daños. El que ahora recensionamos es uno de los que por diversas razones merece la pena leer, sin duda.

El objeto principal del estudio consiste en analizar si la «pérdida de una oportunidad» debe ser indemnizada, por qué debe serlo y en qué medida. El problema se presenta típicamente cuando la actuación antijurídica de un individuo ha privado a otro de la posibilidad de obtener una ganancia que finalmente no obtuvo (por ejemplo, de la oportunidad de participar y vencer en un juego de azar, en una competición deportiva o en un concurso, o de obtener la estimación de una pretensión procesal o de una solicitud administrativa, o de celebrar un contrato), o de la posibilidad de evitar un daño que finalmente se produjo (por ejemplo, de curarse, si se le hubiera diagnosticado o tratado correctamente su enfermedad o si se hubiera recabado su «consentimiento informado» antes de intervenirlo quirúrgicamente). Los dos grupos de supuestos tienen una nota en común: la incertidumbre. Aunque el «agente dañoso» hubiese actuado correctamente, no es seguro que la víctima hubiese logrado el correspondiente beneficio o eludido el daño en cuestión; tan sólo puede afirmarse que existía alguna probabilidad de que ello ocurriera. Y ambos supuestos de «pérdida de oportunidad» han sido resueltos típicamente, por los Tribunales e incluso por algunas disposiciones legales, con una solución ciertamente llamativa: con la responsabilidad «parcial» o «proporcional», con una indemnización equivalente no a la totalidad del «lucro cesante» o del «daño emergente», sino a la cantidad resultante de multiplicar la magnitud de los mismos por la probabilidad de que la víctima los hubiese obtenido o esquivado, respectivamente, si el «causante» hubiese actuado correctamente. La teoría constituye, pues, una alternativa a la solución tradicional del «todo o nada».

El análisis efectuado por el autor destaca, en primer lugar, por la amplitud de su planteamiento. La agrupación burocrática de los profesores de Derecho españoles en catorce áreas de conocimiento ha provocado con cierta frecuencia una fragmentación absurda de las investigaciones jurídicas. Uno puede toparse con estudios monográficos en los que se citan hasta los más insignificantes articulillos escritos por compañeros de área, al tiempo que se ignoran por completo aportaciones esclarecedoras del problema estudiado procedentes de profesores de otras disciplinas. El resultado es muchas veces lamentable, en la medida en que los problemas jurídicos suelen atravesar los lindes de las áreas de conocimiento. Luis MEDINA no ha caído en este vicio. Su pertenencia al gremio de los administrativistas no ha sido óbice para que haya tratado de elaborar una teoría general de la pérdida de oportunidad, válida para los campos público y privado, ni para que haya considerado pormenorizada y exhaustivamente tanto las opiniones de civilistas, procesalistas, penalistas, filósofos, economistas, etc., como los pronunciamientos de todo tipo de órganos jurisdiccionales. La amplitud de los materiales utilizados, así como el rigor con el que han sido analizados, están a la altura del ambicioso objeto de la investigación. Para colmo, el manejo del Derecho comparado resulta también inusualmente amplio, profundo y riguroso. El autor suministra enormes cantidades de información, adecuadamente procesada y presentada, sobre el estado de la cuestión en Italia, Francia, Alemania, Suiza, Portugal, Reino Unido, Estados Unidos de América, Sudamérica, etc.

El aspecto más interesante de la obra, con todo, es que la cuestión de la pérdida de una oportunidad constituye una «anomalía que la Ciencia normal del Derecho de daños no acierta a resolver» (pág. 399). Esta cuestión pone de relieve numerosas insuficiencias del paradigma que por lo general ha venido utilizándose para resolver casi cualquier problema de responsabilidad patrimonial —o civil, si se prefiere decir así—. El modelo teórico tradicional no permite explicar ni justificar por qué hay que indemnizar la pérdida de una oportunidad, ni por qué debe otorgarse en estos

casos una indemnización parcial. Plenamente consciente de ello, el autor convierte lo que desde lejos pudiera parecer un estudio sobre una cuestión marginal en una revisión de uno de los puntos nucleares de la teoría general del Derecho de daños, un punto del que depende la resolución de múltiples problemas, que esta magnífica obra va poniendo perspicazmente al descubierto, suscitando interrogantes por doquier. A Luis MEDINA hay que agradecerle que haya dado el primer y más importante paso necesario para la resolución de muchos de esos problemas: el de detectarlos.

Tengo, sin embargo, mis dudas acerca de que Luis MEDINA haya acertado con el paradigma que conviene reemplazar para despejar dichos interrogantes. El autor considera que lo que debe abandonarse es el «dogma de indivisibilidad de la causa». Como es sabido, tradicionalmente se exige para que alguien responda de un daño que entre su actuación y el mismo exista una relación de causalidad física, real, natural, total, única, indivisible, cierta, efectiva y segura. Pero luego ocurre que, en la práctica, tanto los Tribunales como algunos autores sienten la necesidad de afirmar la obligación de indemnizar en casos en los que no puede constatarse la existencia de una relación tal. Así las cosas, el autor propone que, en vez de recurrir en estos casos a diversos subterfugios, ficciones, artificios y demás «expedientes paliativos de la regla de la indivisibilidad causal», se afirme, sin tapujos, un «sistema probabilístico de responsabilidad» que admita abiertamente en algunas hipótesis de incertidumbre causalidades fraccionables, posibles y eventuales que permitan hacer responder al agente (posiblemente) dañoso. Se trataría de «una nueva teoría causal que deja de basarse estrictamente en la investigación de si hay o no causalidad acreditada y que persigue, simplemente, averiguar el grado de probabilidad de que, de no mediar el hecho ilícito, la víctima habría dejado de sufrir el menoscabo» (pág. 416). Luis MEDINA lleva razón cuando afirma la «presencia ineluctable de reductos de incertidumbre a la hora de apreciar la certeza del hecho causal» (pág. 414). En realidad, la incertidumbre impregna prácticamente todos los problemas jurídicos, no sólo los de responsabilidad patrimonial.

Me parece, sin embargo, que el autor no acaba de justificar cabalmente por qué en los casos en los que la incertidumbre es relativamente escasa rige la regla «todo o nada», de manera que no se modera la responsabilidad en atención a la probabilidad —muy elevada o muy reducida— de que el agente haya causado efectivamente el daño, mientras que si la probabilidad se sitúa en un término medio ha de reconocerse una indemnización parcial. Luis MEDINA, en efecto, distingue tres supuestos. Cuando la probabilidad de que la víctima no hubiese sufrido el daño de no haber mediado la intervención ilícita del agente dañoso es inferior al 15%, no surge la obligación de reparar el daño. Cuando la probabilidad de que el daño no se hubiese producido si el agente dañoso hubiese actuado correctamente es muy elevada (superior al 80%, en la Europea continental; o al 50%, en el mundo anglosajón), la víctima tiene derecho a una reparación integral del daño. Pero si la probabilidad se sitúa entre esos dos umbrales habrá que reconocer el derecho a una indemnización parcial, resultante de multiplicar dicha probabilidad por la ganancia que se podía haber obtenido o por el daño que se podía haber esquivado.

Este enigmático tratamiento diferenciado podrá ser muy plausible, pero el autor —a mi juicio— no explica suficientemente las razones que lo sustentan. Luis MEDINA esgrime diversos argumentos en contra de la aplicación universal de la regla del todo o nada. La primera es que la regla viene desmentida por algún precepto legal (en concreto, por el art. 63.2 de la Ley 48/1998¹, dictado en transposición del art. 7.2 de la Directiva 92/13) y por la jurisprudencia de varios Tribunales. El argumento no es excesivamente convincente, de un lado, porque no justifica por qué la regla —de la responsabilidad parcial por la pérdida de una oportunidad— establecida en dicho precepto debe extenderse análogicamente a supuestos distintos de los contemplados en él y, de otro lado,

porque el hecho de que en la práctica de algunos Tribunales se haya reconocido la doctrina de la pérdida de la oportunidad no constituye por sí mismo una razón justificativa de esta práctica. No siempre lo que ocurre *de facto* es inexorablemente razonable y conforme a Derecho. Una de las principales tareas de los juristas teóricos debe ser, precisamente, la de revisar críticamente las decisiones jurisprudenciales, así como las doctrinas mayoritariamente aceptadas.

La segunda razón constituye, en realidad, una apelación a la intuición del lector: la teoría del todo o nada contradice «el sentimiento material de justicia que, en algunos casos de causalidad indemonstrada, parece imponer la exigencia del resarcimiento»; «por lo menos en ciertos supuestos, hiere la sensibilidad justicial que quien pierde una posibilidad seria y real de obtener una ventaja quede sin reparación bajo el entendimiento de que la causalidad física no ha sido acreditada» (pág. 339); «el todo o nada genera una impresión de injusticia»; «sus resultados lastiman la comprensión general de lo justo» (págs. 340 y 341). A mí estas invocaciones me seducen muy poco. Ni el sentimiento ni la intuición son razones. Es verdad que todas las teorías científicas se basan en última instancia sobre axiomas indemostrables, sobre principios aceptados intuitivamente, pero éstos deberían ser lo suficientemente claros y evidentes como para poder ser admitidos por prácticamente todo el mundo sin demasiado esfuerzo ni necesidad de demostración. Y no parece que la enigmática doctrina de la pérdida de una oportunidad reúna estos requisitos. El propio MEDINA ofrece abundantes ejemplos de que sus sentimientos e intuiciones en esta materia no coinciden con los de muchos autores y resoluciones judiciales.

Supongamos, con todo, que está justificado descartar el carácter universal de la regla todo o nada. La pregunta que a continuación se plantea es por qué debe descartarse también la aplicación universal de la regla de la responsabilidad parcial, en atención a la mayor o menor probabilidad de que el daño se hubiese producido igualmente de no haber mediado la intervención del agente (posiblemente) dañoso.

¹ Vid. ahora el artículo 112 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

so. ¿Por qué si la probabilidad de que una persona haya causado un daño es del 95% o del 5% no se le hace responder, respectivamente, por el 95% o el 5% del mismo, en vez de por el 100% o el 0%, como el autor postula? Luis MEDINA utiliza, básicamente, tres argumentos para defender su tesis. El primero es que extender la regla de la responsabilidad proporcional a supuestos en los que el criterio tradicional habría conducido a abonar el valor total del perjuicio supone traicionar aquella regla, que nació, «básicamente, para auxiliar a las víctimas ante las dificultades probatorias que se presentan en asuntos en los que se tiene sólo la fuerte intuición de que el agente es responsable» (pág. 430). El razonamiento no me convence. A diferencia del autor, no veo por qué razón las incertidumbres en materia de responsabilidad patrimonial deben resolverse siempre *pro damnato*, en favor de las víctimas. Además, si bien es cierto que la teoría criticada por el autor perjudica a las víctimas cuando la relación causal queda acreditada con un grado de probabilidad algo inferior al 100%, también lo es que les permite obtener una indemnización cuando ese grado es algo superior al 0%². El segundo argumento consiste en que «el instituto resarcitorio es... una herramienta que intenta trasladar el coste del daño del patrimonio de la víctima al del agente que *verdaderamente* lo causó, y no una técnica que distribuya ese coste entre los sospechosos de haber participado en su producción, incluidos los que lo son sólo mínimamente. Así pues, una cosa es que se admita puntualmente la regla de

la responsabilidad proporcional, entendida como remedio ante casos problemáticos de incertidumbre causal; y otra es que se prescindiera en general y por completo del requisito de la causa física probada» (pág. 431). El razonamiento tiene algo de incoherente y tautológico. Incoherente no sólo porque, existiendo un resto de incertidumbre acerca del causante de un daño, no podemos afirmar en rigor que una determinada persona lo causó verdadera y físicamente, sino también porque contradice la postura del autor favorable a la llamada responsabilidad por cuota de mercado, en virtud de la cual, bajo ciertas circunstancias, se distribuye proporcionalmente el coste de un daño entre los sospechosos de haber participado en su producción. Tautológico porque se incurre en un razonamiento circular al criticar la aplicación universal de la responsabilidad parcial, aduciendo para ello que ésta ha de tener carácter excepcional frente a la regla general de la causa física probada. El tercer argumento, de naturaleza económica, es el que, en mi opinión, posee mayor fuerza explicativa: la vigencia universal de la mentada regla puede incrementar desmesuradamente los llamados costes administrativos porque, al ampliarse los supuestos en los que se reconoce el derecho a una indemnización, aumenta el número de litigios, amén de que la tarea de los Tribunales se vuelve más compleja, pues la concreción del grado de probabilidad de cada uno de los posibles agentes puede constituir una fuente inagotable de discusiones (pág. 432). Es una lástima que el autor no haya profundizado en esta última línea argumental, que no haya tratado de refinar el análisis de estos costes.

Una vez se ha llegado a la conclusión de que ninguna de las dos reglas debe aplicarse siempre, el siguiente paso es exponer por qué en determinados casos vale el todo o nada, mientras que en otros surge la responsabilidad proporcional. No me parece haber encontrado en el libro una explicación clara sobre el particular.

A lo mejor, el paradigma que debiera abandonarse no es de la «indivisibilidad de la causa», sino el de la causalidad misma, según el cual de un daño responde la persona que lo ha causado. Me da la impresión de que este modelo no resuelve sa-

² Es razonable estimar, no obstante, que la regla perjudica por regla general a las víctimas, en la medida en que, paradójicamente, a las mismas les resulta más atractivo litigar cuando la regla les perjudica (v. gr., cuando contemplan la posibilidad de obtener una reparación del 95% del daño) que cuando la regla les beneficia (v. gr., cuando contemplan la posibilidad de obtener tan sólo una reparación del 5%). La probabilidad de que las víctimas no litiguen es mayor en el segundo caso, pues aquí es más probable que los costes que para las mismas se derivan del litigio superen los beneficios esperados del mismo.

tisfactoriamente los problemas de los que el autor se ocupa, entre otras razones porque también constituye una ficción entender que un daño ha sido causado verdaderamente por quien sólo probablemente lo ha causado. Y lo mismo puede afirmarse respecto de otras cuestiones de primera importancia, como la de llamada responsabilidad por omisión, pues es claro que un daño nunca puede haber sido causado realmente por un hecho que no ha existido.

Quizás debiéramos partir de otras premisas. Tal vez conviniese adoptar un paradigma según el cual las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial deben configurarse e interpretarse de manera que constituyan los incentivos adecuados para que los individuos se comporten de la manera que maximice el bienestar social o, lo que viene a ser lo mismo, que minimice la suma de los costes sociales engendrados por los accidentes, por la prevención de los mismos y por los procedimientos en los que se dilucidan las cuestiones de responsabilidad. Habría que ver, pues, cuáles son los costes y beneficios sociales que se derivan de cada una de las soluciones consideradas. A mí, esta idea de la maximización de la utilidad social de las normas jurídicas —por ejemplo, de las integrantes del Derecho de daños— me parece un axioma más fácilmente aceptable que el de la «causalidad probabilística» o el de la relación de causalidad³. Se trata, además, de un modelo teórico que se ha revelado notablemente fructífero a la hora de analizar numerosos problemas planteados en el

Derecho de daños y que, desde luego, también permite comenzar a esclarecer, de modo relativamente simple, por qué en algunos casos impregnados de incertidumbre la mejor solución la constituye el todo o nada, mientras que en otros la más conveniente es la de la responsabilidad proporcional⁴.

El autor conoce y aprovecha ocasionalmente varios trabajos realizados en el seno del paradigma suministrado por el análisis económico del Derecho, pero tampoco los tiene en demasiada consideración. De un lado, porque estima que este análisis «no arroja resultados concluyentes» sobre la pertinencia de las reglas del «todo o nada» y de la responsabilidad parcial: algunos analistas sostienen una opinión y otros la contraria (págs. 342, 431 y 432). De otro lado, porque «el juez que conoce un pleito de responsabilidad por daños no está llamado a adoptar la solución que, previsiblemente, pueda ayudar a evitar futuros accidentes y controversias; sino la que requiere el asunto enjuiciado para, mediante la aplicación de normas, resolver lo que es justo en un conflicto específico entre sujetos concretos» (págs. 48 y 49). El primer argumento no tiene demasiada fuerza, pues ningún paradigma, tampoco el tradicional, arroja resultados concluyentes, como así lo prueban la multitud de opiniones diversas citadas en la monografía recensionada. El segundo constituye una nueva apelación a la intuición, al sentimiento que en cada caso pueda tenerse acerca de lo justo, con los evidentes peligros de subjetividad, arbitrariedad e inseguridad que ello conlleva. A mí me sigue pareciendo más razonable partir de la premisa de que los Tribunales deberían escoger aquellas interpretaciones de la ley que maximicen el bienestar social o, si se prefiere decir así, que optimicen la satisfacción del conjunto de los principios y valores que infor-

³ Esta idea de la optimización, vestida con otros ropajes, ha tenido una calurosa acogida en el ámbito de la interpretación de los derechos fundamentales. Vid., al respecto, por todos, Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1986, traducido por Ernesto GARZÓN VALDÉS, CEC, Madrid, 1993; Gloria Patricia LOPERA MESA, «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, núm. 27, págs. 211-243. En general, sobre la idea de los mandatos jurídicos de optimización, vid. WÜRTEMBERGER, «Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln», *VVDStRL*, núm. 58, 1999, págs. 139-176.

⁴ Vid., por ejemplo, Steven SHAVELL, «Uncertainty Over Causation and the Determination of Civil Liability», *Journal of Law and Economics*, núm. 28, 1985, págs. 587-609; Robert YOUNG/Michael FAURE/Paul FENN, «Causality and causation in tort law», *International Review of Law and Economics*, núm. 24, 2004, págs. 507-523.

man nuestro ordenamiento jurídico. La escasísima densidad de la legislación española reguladora de la responsabilidad civil, desde luego, les deja un amplio margen para ello.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL
Universidad CEU Cardenal Herrera
Valencia

PONCE SOLÉ, Juli: *Segregación Escolar e Inmigración. Contra los guetos escolares: Derecho y políticas públicas urbanas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 152 págs.

1. Trata este libro de aproximarse a un problema relativamente novedoso en España que, sin embargo, empieza a tener importante repercusión en nuestras ciudades: la cuestión de la segregación urbana, especialmente de la población inmigrante, y, más en particular, de la segregación escolar, que, como se explicará, guarda estrecha relación con la urbana. Se trata de un estudio que abre nuevas perspectivas en una línea de investigación ampliamente cultivada por el propio autor; como son las conexiones entre el proceso urbanizador y la llegada de inmigrantes de modo masivo a nuestro país.

Dadas las numerosas cuestiones que plantea la obra, referidas tanto al contenido como al aspecto metodológico, no es posible hacer aquí mención, siquiera sucinta, de todos los aspectos abordados por el autor, por lo que me limitaré a recoger algunas de sus ideas, remitiendo al lector interesado al manejo del propio libro.

2. El objeto del trabajo, como quedó apuntado, lo constituye el problema de la segregación escolar, cuya existencia no es totalmente nueva en España, si bien cobra mayor intensidad y, en parte, un nuevo y más complejo carácter al confluir la realidad de la inmigración con el panorama previo de segregación por motivos fundamentalmente de renta. Con la expresión *segregación escolar* alude PONCE SOLÉ al desplazamiento, habitualmente forzado por motivos económicos conectados a las

posibilidades de residencia en unos barrios determinados de las ciudades, de niños en edad escolar hacia ciertos centros docentes (que suelen ser de titularidad pública) en los que se concentran alumnos de baja renta económica y, en buena parte, de origen inmigrante. Por su parte, las familias con unos ingresos suficientes como para acceder a una vivienda en otra zona de la ciudad suelen cambiar de domicilio, o bien tratar de matricular a sus hijos en centros donde no se produzca esa concentración, con lo que la situación globalmente se agrava. Todo ello favorece la desconexión entre personas de distintos estratos socioeconómicos y el consiguiente deterioro de la convivencia, dado que el contacto personal acaba produciéndose sólo entre alumnos de un entorno social muy similar. Dejemos por ahora en este punto el examen del contenido, una vez adelantado el núcleo de problemas que son objeto de reflexión.

3. Por lo que se refiere a los postulados metodológicos de los que parte el autor para su estudio, es muy llamativo el recurso a una cierta interdisciplinariedad, que permite, sin alterar la naturaleza eminentemente jurídica del trabajo, un notorio enriquecimiento en el planteamiento de la cuestión. No obstante, es cierto que el propio objeto de estudio, complejo por la pluralidad de factores que en él confluyen, reclama un tratamiento en alguna medida ilustrado con datos procedentes de la sociología, enfoques de la ciencia política, la antropología, la geografía... e inspirado por una conciencia de la utilidad del aporte jurídico, que no debe, sin embargo, pretender resolver por sí solo la situación, como por otra parte casi nunca le es dado hacer al Derecho.

En este sentido realiza PONCE SOLÉ una recopilación de datos de diversas fuentes y países, aportando estudios empíricos y conclusiones procedentes, por ejemplo, de Estados Unidos (venero de experiencias muy variadas para paliar la segregación urbana, con connotaciones marcadamente raciales en este caso, lo que no impide sin embargo la utilidad de la comparación), de Gran Bretaña y de Francia, fundamentalmente. Así, resultan muy sugerentes las prácticas de *busing*, consistente