

# DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES (\*)

## *Discrimination in Relations between Individuals*

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS

En esta monografía, publicada en México por la editorial Tirant lo Blanch, el profesor Díaz Revorio demuestra una vez más su capacidad para llevar a buen puerto una investigación no exenta precisamente de riesgos, con firmeza en el manejo del timón y mucho criterio. Se enfrenta a una cuestión vidriosa, de gran alcance, tanto por su calado dogmático como por sus implicaciones prácticas. Y sale airoso del envite, porque no pierde en ningún momento el rumbo, tiene las ideas claras y la cabeza bien amueblada. El índice ya nos revela una estructura ordenada y una adecuada dosificación del esfuerzo invertido en cada uno de los capítulos del libro. Ése es, a mi juicio, uno de los grandes aciertos del autor: medir bien la atención que presta a las cuestiones que va abordando sucesivamente. Si a ese orden añadimos rigor y claridad expositiva, a nadie puede sorprender el resultado: una excelente síntesis del tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la posible eficacia del principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado en las relaciones entre particulares. Una eficacia que se acostumbra a calificar de horizontal (lo hace el autor), pero que muchas veces no lo es, porque, como el propio Díaz Revorio explica en varias ocasiones, las relaciones entre particulares casi nunca se entablan entre sujetos que se encuentran realmente en pie de igualdad. Con demasiada frecuencia, las partes contratantes no disponen de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de perfilar el contenido final de las cláusulas «pactadas». En estas situaciones caracterizadas por la asimetría, por el

---

(\*) Francisco Javier DÍAZ REVORIO (2015), *Discriminación en las relaciones entre particulares*, México D. F., Tirant lo Blanch.

desequilibrio entre las partes, quien disfruta de una posición de dominio condiciona la decisión de la parte «débil», que no tiene más remedio que aceptar unas condiciones dictadas unilateralmente. De ahí mis reservas al respecto.

Díaz Revorio acota desde el principio el terreno de juego. El objetivo que se propone es averiguar en qué medida el principio constitucional de igualdad y la prohibición de discriminación por determinados motivos extienden su vigencia al ámbito de las relaciones regidas por el Derecho privado, con qué criterios y con qué límites, para luego aplicar las conclusiones obtenidas a la solución de algunos conflictos concretos y contrastar así su idoneidad. Se trata de dar respuesta a preguntas nada inocentes: ¿puede un particular o una empresa a la hora de contratar excluir a priori a determinadas personas por su pertenencia a un colectivo determinado (excluir, por ejemplo, como arrendatarios de la vivienda de su propiedad a los integrantes de una minoría racial)? ¿Cuál es el alcance del «derecho de admisión» en los establecimientos abiertos al público? ¿Puede una asociación seleccionar libremente a sus miembros, excluyendo en bloque a los candidatos que formen parte de un determinado colectivo (mujeres u homosexuales, por ejemplo)? ¿Se ve limitada la libertad de disposición *mortis causa* por la prohibición de discriminar a los hijos no matrimoniales o adoptivos? Se dejan a un lado los conflictos que se suscitan en la esfera laboral, porque han sido objeto de numerosos estudios y el autor prefiere adentrarse en territorios menos explorados.

En el capítulo introductorio (*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: planteamiento general*) se hacen algunas consideraciones muy atinadas sobre el modo en que los particulares están sometidos a la Constitución y obligados, por tanto, a respetar los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, una obligación que tiene, en principio, un carácter negativo. Aborda la cuestión de manera instrumental, para dibujar en sus trazos esenciales el marco teórico necesario para poder profundizar luego en lo que constituye el eje central del libro. Lo hace sin perderse en disputas metafísicas o teológicas y adhiriéndose a la corriente doctrinal predominante en nuestro país, que aboga por el reconocimiento de la eficacia directa de casi todos los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Una eficacia que no puede concebirse como indiscriminada o incondicionada, porque ha de conciliarse con la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, los dos principios informadores del Derecho privado. Admitir bajo determinadas circunstancias esa vigencia no prejuzga en absoluto el resultado de la ponderación, no significa que el derecho en cuestión vaya a prevalecer necesariamente en caso de conflicto. Comparto obviamente esta posición, porque la vengo defendiendo desde hace muchos años. Tiene claro Díaz Revorio que la justificación histórica de los derechos ha

sido siempre la protección de las minorías y de los individuos frente al poder y hoy ese poder no está sólo en manos del Estado sino que es ejercido en buena medida por particulares, de modo que hay que proteger al débil frente al fuerte, cualquiera que sea su estatuto jurídico.

Y suscribo, cómo no, la tesis de que la habitual contraposición entre eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos excluyentes, es una falsa disyuntiva. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente. Podemos discutir en qué medida rigen en las relaciones entre particulares, pero si se toma en serio el carácter normativo de la Constitución no se puede negar, de entrada y categóricamente, cualquier atisbo de eficacia directa en ese ámbito. Y Díaz Revorio añade otro matiz: cuando no se pueda predicar la eficacia inmediata de un derecho constitucional en las relaciones entre particulares (la del principio de igualdad, sin ir más lejos), cabe siempre la posibilidad de que el legislador decida extender esa eficacia, con las debidas cautelas por supuesto, a ese tipo de relaciones. La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, es un buen ejemplo.

En el capítulo 2 ya se pone el foco en el principio de igualdad, en sus distintas dimensiones constitucionales, y en la eventual vinculación de los particulares a cada una de ellas. Tras un sucinto repaso de los textos internacionales (declaraciones de derechos y convenios específicos) y de los que se han ido aprobando en el ámbito del Consejo de Europa, de la Unión Europea y de la Organización de Estados Americanos, se completa el panorama que ofrece el Derecho comparado con un breve referencia a la formulación de este principio en las Constituciones de Estados Unidos, Francia, Italia y Alemania. De ese examen se deduce que a su proclamación inicial como valor o principio general (la igualdad ante la ley), se han ido añadiendo con el tiempo nuevas dimensiones o manifestaciones (la igualdad en la ley, en el contenido de la ley; la igualdad real; la prohibición de determinadas discriminaciones; o incluso el compromiso de promover la igualdad efectiva, removiendo los obstáculos existentes, como sucede en Alemania tras la reforma constitucional de 1994 o en Francia tras la introducida en 1999, que dieron expresa cobertura a las medidas de acción positiva en favor de las mujeres). La noción de igualdad es hoy más compleja. Se ha corregido y enriquecido bajo la óptica del Estado social y ahora toma en consideración las condiciones reales en las que se encuentran los destinatarios de la norma.

Esta metamorfosis del principio de igualdad (cambia su sentido, su significado) y la ampliación de su radio de acción tiene su reflejo en nuestro texto constitucional. El autor desgrana las diversas menciones a la igualdad en nuestra Constitución. Y apunta como singularidad que en nuestro caso no se ha considerado necesaria la inclusión de una cláusula específica para dar cobertura a las medidas de acción positiva que favorecen la incorporación de la mujer a la vida política y social, porque estas medidas, previstas en algunas leyes, se han considerado conformes a la Constitución por el Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que sucedió en su día en Francia, Italia o Alemania. Me temo que tampoco se habría introducido si hubiera sido necesario, dada nuestra incapacidad, al parecer congénita, para reformar la Constitución.

Las ideas expuestas por Díaz Revorio son tan sensatas que apenas dejan espacio para la discrepancia. Pero en el análisis de la igualdad real (págs. 50-59) se deslizan algunas afirmaciones que no comparto. Por un lado, no veo tan claro que el mandato contenido en el artículo 9.2 CE pueda ir «acompañado de una sanción para caso de incumplimiento, por ausencia total de medidas tendentes a lograrlo o por notoria insuficiencia o inadecuación de las que se adopten». Creo que dicha cláusula, más que obligar, habilita, permite avanzar en esa dirección, y no resulta fácil definir como incumplimiento una actitud pasiva de los poderes públicos. Y por otro, aunque reconoce que la jurisprudencia constitucional no es «concluyente» y ha sostenido más bien que del artículo 9.2 no derivan derechos susceptibles de amparo, cree posible deducir de ese precepto una dimensión subjetiva de la igualdad material, esto es, un «derecho subjetivo prestacional». El artículo 14, ciertamente, no excluye el establecimiento de un trato desigual (más favorable) en supuestos en sí mismos desiguales, con el objetivo de conseguir la igualdad real. Pero yo no me atrevería a decir que tal diferencia de régimen jurídico pueda venir no ya justificada sino *exigida* o *impuesta* por dicho principio, porque como el propio autor señala, no cabe hablar de un derecho a la desigualdad de trato, a un trato normativo desigual (STC 16/1994, citada en la nota 58). No existe, con carácter general, un derecho a la diferenciación o singularización normativa, a ser tratado de forma distinta cuando alguien se encuentra en una situación distinta, porque la exigencia de una regulación diferenciada (alegando discriminación por indiferenciación) conduciría al absurdo. Pero Díaz Revorio se resiste a aceptar esa doctrina constitucional, no se resigna y deja una puerta abierta: «queda por precisar en qué medida ese tratamiento desigual podría articularse como un derecho» (pág. 55). En las páginas siguientes vuelve a la carga y trata de encontrar en los preceptos constitucionales el respaldo necesario para construir ese derecho subjetivo, cuya existencia «no cabe descartar por completo». Finalmente, parece inclinarse (en este punto, su razonamiento resulta

algo confuso) por una interpretación del artículo 14, y más concretamente, del derecho a no ser discriminado, de conformidad con el mandato del artículo 9.2, que lleve a entender que «en ciertos casos la ausencia de dicho trato diferente y favorable podría llegar a convertirse en sí misma en discriminatoria». Dicho de otro modo, el derecho a no ser discriminado implicaría en ocasiones «una exigencia de igualdad real», el derecho a un trato más favorable para compensar la desventaja inicial del colectivo discriminado y, en consecuencia, la facultad para reclamar esas medidas de acción positiva (págs. 59 y 79).

Centrándose ya en el artículo 14, Díaz Revorio explica cuál es la relación entre el principio general de igualdad y la tajante prohibición de discriminación prevista en el último inciso del precepto, una norma que tiene perfiles propios. De la cláusula general del primer inciso se deriva el derecho subjetivo a la igualdad ante la ley, un derecho relacional que permite reaccionar frente a diferencias de trato no justificadas y que, a mi juicio (que no coincide con el del autor), tiene rango fundamental (como todos los del capítulo II del Título I). De la interdicción de la discriminación por una serie de motivos que se consideran odiosos nace un derecho también fundamental a no ser discriminado.

La igualdad ante la ley encierra, a su vez, una doble dimensión: la igualdad en la aplicación de la ley, un principio dirigido a los aplicadores de la ley, a los jueces y a la Administración en especial, y ajeno, por tanto, a las relaciones entre particulares; y la igualdad en la ley, un mandato que vincula al legislador y a quienes ejercen la potestad reglamentaria. Pero también a los particulares que, en ejercicio de su libertad negocial, acuerdan los términos de un convenio colectivo, como acertadamente advierte Díaz Revorio. En nuestro ordenamiento el convenio es una norma de relevancia cuasi-pública, cuya fuerza vinculante garantiza la propia Constitución (art. 37.1). Se incardina como tal en el sistema de fuentes del Derecho y está sometida a la Constitución como norma jerárquicamente superior y a las exigencias derivadas del principio constitucional de igualdad y no discriminación en particular. El Tribunal Constitucional ha confirmado esa sujeción (mediante convenio colectivo «no se puedan establecer diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables, y muy especialmente en caso de identidad de trabajo»), si bien con algunos matices, para preservar la autonomía negocial de las partes. En todo caso, se trata de matices propios e intransferibles, porque el convenio colectivo no puede identificarse a estos efectos con el resto de manifestaciones de la autonomía de la voluntad. En este punto coincido plenamente con el autor: a diferencia de lo que sucede con esas otras manifestaciones, que no están sometidas a los juicios de relevancia ni de razonabilidad, el convenio colectivo sí debe superar esos tests derivados del principio de igualdad en la ley, si bien en su aplicación habría

que considerar la especial naturaleza del convenio, lo que nos llevaría a un nivel de escrutinio menos intenso, de modo que determinadas diferencias que serían rechazables en una ley, podrían ser legítimas en un convenio (pág. 72).

El capítulo 2 se cierra con veinte páginas bien trabadas sobre el concepto constitucional de discriminación. Se subraya, en primer lugar, su «sentido peyorativo». En efecto, una discriminación no es cualquier diferenciación, en el sentido más neutro de la palabra, sino una diferencia injusta de trato *contra* determinadas personas (los norteamericanos distinguen entre *discrimination between* y *discrimination against*) que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos, al menos). El motivo de la distinción (exclusión o restricción) es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación. Afecta de lleno a su propia dignidad. Y por eso el control judicial debe ser más riguroso.

Díaz Revorio plantea seguidamente una cuestión sumamente interesante en relación con la cláusula final del artículo 14 («*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*»), que abre la puerta a otros posibles motivos de discriminación, además de los expresamente prohibidos en dicho precepto (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión). A nadie se le escapa la trascendencia de esta cláusula de apertura: otros factores de diferenciación podrían considerarse también sospechosos y someterse, por tanto, a un escrutinio más estricto. Recuerda el autor (y el ejemplo está muy bien traído) que eso es justamente lo que ha venido haciendo el Tribunal Supremo norteamericano. Dado que la cláusula de *equal protection* no menciona expresamente ningún motivo, ha sido el propio Tribunal el que ha definido jurisprudencialmente —con no pocas vacilaciones— una serie de «categorías sospechosas»: raza, origen étnico o nacional, filiación o sexo (no, en cambio, pobreza o edad). Y lo ha hecho tomando como referencia el concepto de «minoría aislada y sin voz» acuñado en 1938.

En nuestro caso, la jurisprudencia constitucional ha asumido que no estamos ante una lista cerrada y ha calificado de discriminatorios otros criterios de diferenciación como la orientación sexual o la discapacidad. Díaz Revorio incluye en ese elenco la enfermedad y la edad. Pero, como el propio autor aclara en su notas 120 y 121, la enfermedad sólo podrá convertirse en factor de discriminación (en el ámbito laboral, sobre todo) cuando se tome en consideración como un motivo de segregación y estigmatización de quien la padece, sin relación alguna con la aptitud del trabajador para cumplir la prestación laboral objeto del contrato (STC 62/2008). En cuanto a la edad, sí se ha reconocido como una causa de discriminación, pero no parece que las distinciones fundadas

en esa circunstancia se sometan a un escrutinio estricto. No se descarta incluso engrosar esa lista con otros criterios como la pobreza y la lengua. Y ahí radica precisamente el problema. Lo describe muy bien Díaz Revorio (pág. 92): el Tribunal Constitucional ha ido incorporando otras categorías sospechosas aplicando criterios bien conocidos como el arraigo histórico de la diferenciación o la existencia de prejuicios normativos y sociales que colocan a un grupo en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad, pero no ha fijado con precisión los requisitos necesarios para reconducir una diferencia de trato, sometida a un test de razonabilidad, al campo de las diferencias discriminatorias, sujetas a un escrutinio más estricto, y no ha sido siempre consecuente a la hora de aplicar uno u otro tipo de escrutinio. Ésa es una tarea pendiente. Y el autor no se limita a denunciar esa confusión, sino que propone, como una fórmula —importada de la jurisprudencia norteamericana— que puede contribuir a reducir la incertidumbre, la aplicación de un «escrutinio intermedio» a aquellas categorías que merezcan un análisis más riguroso que el derivado del juicio de razonabilidad, pero no lleguen a requerir el escrutinio más estricto. No me parece una mala idea. En cualquier caso, no oculto mi preferencia por una interpretación restrictiva de la cláusula final del artículo 14, que no pierda de vista el genuino sentido emancipador de la prohibición constitucional de discriminación. Una prohibición con la que se trata de combatir la marginación de grupos vulnerables. Y no creo que encaje en ese arquetipo una diferencia de trato basada en la lengua o la edad. Corremos el riesgo de descafeinar o desvirtuar el mandato constitucional de lucha contra la discriminación, de convertir esa cláusula abierta en un cajón de sastre y, como advierte el propio autor de forma muy gráfica, ampliar tanto el círculo de las diferencias discriminatorias constitucionalmente prohibidas que acabe por coincidir y confundirse con el del principio de igualdad ante la ley (págs. 80-81 y 125).

Sentadas las premisas de carácter general sobre el significado y alcance de la prohibición de discriminación, llega el momento de preguntarse si —a diferencia del principio de igualdad— el derecho a no ser discriminado, del que es titular todo ser humano, es exigible frente a particulares. El título del capítulo 3 es bien elocuente: *¿Pueden los particulares discriminar?*

El planteamiento que hace Díaz Revorio, en consonancia con los escasos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional (ATC 1069/1987 y STC 108/1989), es impecable: así como los particulares no están vinculados directamente por el principio de igualdad y no están obligados a dar el mismo trato a quienes se encuentren en la misma situación (salvo que una ley prevea esa exigencia para un supuesto concreto), la prohibición de discriminación (directa o indirecta) obliga a todos, porque guarda una estrecha relación con la digni-

dad humana, un reducto intangible que se ha de proteger *erga omnes*, frente a cualquier agresión. Pero esa vinculación *ex Constitutione* no tiene la misma intensidad que la establecida para los poderes públicos, porque entran en juego la libertad contractual y la autonomía privada, dos principios estructurales del Derecho privado. Este último principio no puede concebirse hoy como un dogma, ni como una patente de corso para justificar imposiciones arbitrarias, se ve sometido a nuevas limitaciones, pero no se disuelve, ni mucho menos. Y tiene anclaje constitucional (art. 10.1 CE).

En realidad, los derechos no cambian de naturaleza ni de contenido por el hecho de operar frente al Estado o entre particulares. Lo que cambian son los límites, los intereses en conflicto. Y en la esfera de las relaciones entre sujetos privados el conflicto surge normalmente entre titulares de derechos que entran en colisión (y Díaz Revorio nos ofrece un repertorio no exhaustivo de posibles conflictos entre la prohibición de discriminación y algunas de las libertades constitucionales).

Apelando expresamente a la teoría de Alexy, en virtud de la cual los derechos no operan como reglas (en términos de todo o nada), sino como principios que admiten diversos grados de realización, se insiste en la necesidad de sopesar y ponderar cuidadosamente, atendiendo a las circunstancias concurrentes, los derechos en conflicto, descartando como solución la preferencia absoluta e incondicionada de uno de ellos. Díaz Revorio es consciente de las debilidades y limitaciones de este método (no es infalible), pero no cabe otra alternativa que ponderar, y el resultado de esa ponderación no puede prejuzgarse *a priori*. No siempre prevalecerá el derecho a no ser discriminado. Habrá que encontrar una solución equilibrada, porque el riesgo de ahogar la libertad contractual existe. Y esa pauta sirve tanto para los jueces como para el legislador, cuando decida intervenir y regular esos supuestos potencialmente conflictivos.

De esa obligada ponderación sólo se podrá prescindir, según Díaz Revorio, cuando el trato discriminatorio afecte al núcleo mismo de la dignidad como persona e implique una vejación o humillación de especial intensidad. En estos supuestos (entre los que se incluirían las conductas discriminatorias tipificadas como delitos: arts. 510-515 CP), la discriminación es intolerable, cualquiera que sea la justificación que se alegue, y no hay ponderación posible. No ha lugar. Se limita, pues, la aplicación de este método por un extremo. ¿Y por el otro? En mi opinión, tampoco habría necesidad de recurrir a esta operación hermenéutica cuando las relaciones se inscriben en la esfera de la vida auténticamente privada o familiar, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, un ámbito en el que los individuos no tienen que dar explicaciones (ni demostrar la licitud del motivo o la razonabilidad o proporcionalidad de la diferencia de

trato) y son libres para seleccionar —arbitrariamente incluso— las personas con las que van a relacionarse.

Para acometer esa ardua tarea de ponderación, no resultan suficientes los criterios generales que todos conocemos (no sacrificar por completo uno de los derechos, optimizar la tutela de ambos...). Díaz Revorio trata de perfilar algunos criterios aplicables específicamente a la resolución de estos conflictos entre autonomía privada y prohibición de discriminación.

El primero de estos criterios, que deberían servir de pauta al intérprete, es la existencia de una posición de dominio. No es una novedad. Algunos hemos sostenido antes, siguiendo la estela de J. Alfaro, que cuanto mayor sea la desigualdad *de facto* entre los sujetos de la relación, la asimetría, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible; dicho de otro modo, cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección. Y es que en último término, como muy bien explica el autor, los derechos nacen para limitar el poder y proteger al más débil. ¿En qué se traduce este criterio? Pues en algo sencillo de entender: quien ostenta esa posición de superioridad estará más obligado a respetar el derecho a no ser discriminado de la otra parte. Para una empresa concesionaria de un servicio público, por ejemplo, el grado de exigencia es equiparable al que corresponde a un poder público, sobre todo si ofrece el bien o servicio en régimen de monopolio o cuasimonopolio (pensemos en una empresa encargada del suministro eléctrico). También ocupan una posición de dominio las grandes empresas que ofrecen bienes y servicios en sectores clave de la economía como la banca o los seguros.

Muy ligado al anterior, un segundo criterio que puede resultar útil es el del carácter «real» de la libertad de contratación de las partes: una renuncia aparentemente voluntaria de la parte débil de la relación al derecho a no sufrir discriminación sería menos aceptable si no dispone realmente de libertad para decidir si contrata o no (a este respecto, resulta esclarecedora la referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en la *era Lochner*, que merece sin duda el calificativo de «cínica»). No es fácil determinar mediante parámetros concretos cuándo se registra una situación de ausencia real de libertad, pero resultan «sospechosos» los contratos de adhesión (los bancarios, por ejemplo), o en general aquellos en los que la ley de la oferta y la demanda coloca a una de las partes en una posición en la que realmente no puede elegir con libertad los términos o las condiciones para acceder a un bien o un servicio básico.

No menos plausible es el tercero de los criterios propuestos: la repercusión social o pública del acto o negocio jurídico de que se trate. No es lo mismo, en efecto, un acto aislado, sin proyección o efectos fuera de la esfera individual o doméstica, como la venta de una vivienda por su propietario, que una

serie de actos o comportamientos reiterados, generalizados, con repercusión pública, que responden a un patrón social de conducta (la sistemática exclusión de determinados colectivos por una agencia inmobiliaria). En estos casos (los contratos en masa, por ejemplo), la libertad de contratación ha de ceder en favor del derecho a no ser discriminado. En esta zona de intersección entre lo privado y lo público, en la «esfera cuasi-pública», sitúa también el autor los establecimientos o locales abiertos al público, cuyo acceso no puede limitarse con criterios discriminatorios, no sólo porque su apertura implica una oferta pública sin exclusiones, que se dirige a un círculo indeterminado de personas, sino también, añadido yo, porque se trata de una actividad sujeta a licencia administrativa. Este criterio ha sido acogido por las directivas europeas sobre discriminación (por motivos de raza y sexo) aprobadas en los últimos años, que incluyen en su ámbito de protección el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos (*vid.* la reciente STJUE de 16 de julio de 2015, que considera desproporcionada, por su efecto estigmatizador, y contraria, por tanto, a la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, la medida adoptada por una compañía búlgara de distribución de electricidad de instalar los contadores a una altura mayor en un barrio poblado principalmente por personas de etnia gitana, para evitar manipulaciones y conexiones ilícitas).

Finalmente, deberá valorarse el grado de afectación a la dignidad en todos aquellos supuestos en los que no se produzca un ataque frontal y directo a su núcleo intangible (porque entonces, como vimos, no procede siquiera la ponderación). Cuanto mayor sea esa afectación, más difícil será justificar la diferencia de trato.

Estos criterios pueden ayudar a los jueces a resolver los conflictos que recaen en los tribunales, pero no disipan todas las dudas y resulta muy conveniente la intervención del legislador para concretar y precisar el alcance de las obligaciones que impone a los particulares la prohibición constitucional de discriminación. En España, se aprobó, precisamente en cumplimiento de las directivas europeas, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), que supuso, como señala Díaz Revorio, un salto cualitativo en relación con la discriminación por razón de sexo. Por un lado, se imponen a los particulares (empresas, partidos políticos) obligaciones positivas con el fin de promover y hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres. Ya vimos que el mandato del artículo 9.2 se dirige exclusivamente a los poderes públicos. Pero esta regla admite excepciones. Los particulares pueden adoptar, *motu proprio*, medidas de acción positiva tendentes a lograr la igualdad real y disponen para

ello de un amplio margen de actuación, dentro siempre del marco de la ley (de la legislación laboral, por ejemplo, que prohíbe tanto las discriminaciones favorables como las desfavorables, salvo las fundadas en la edad o la discapacidad). Y también el legislador puede establecer con ese mismo objetivo (y al amparo del art. 9.2) obligaciones específicas para los particulares. En el marco de la Constitución y respetando el contenido esencial de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados. Como bien se sabe, la LOI modificó el artículo 44 de la LOREG para introducir la exigencia de una composición equilibrada en las candidaturas. Pero también obliga a las empresas de más de 250 trabajadores a elaborar y aplicar planes de igualdad, promueve la composición equilibrada en los consejos de administración de las empresas, una medida que genera, según el autor, dudas de constitucionalidad (pág. 154), y prohíbe la discriminación en el suministro de bienes o servicios disponibles para el público en general. También la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Texto Refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013) impone a empresas y particulares determinados deberes positivos en relación con la accesibilidad, la adaptación del puesto de trabajo y la eliminación de las desventajas que impiden la igualdad de oportunidades y lastran su promoción profesional, y establece incluso una cuota de reserva de puestos de trabajo (un 2 por 100) en las empresas privadas de más de 50 trabajadores.

Por otro lado, la LOI, al igual que la Ley que regula los derechos de las personas con discapacidad, extiende la prohibición de discriminar por razón de sexo a los particulares (personas físicas o jurídicas) que ofrecen al público bienes y servicios, fuera del ámbito de la vida privada y familiar. Una disposición análoga figuraba en el Anteproyecto de Ley integral de igualdad de trato de 2011, que desarrollaba en detalle las exigencias derivadas del derecho a la igualdad de trato en el acceso a la vivienda (art. 19), en la oferta pública de bienes y servicios (art. 20), en los establecimientos o espacios abiertos al público (art. 21) y en los medios de comunicación y publicidad (art. 22).

El repaso a la legislación estatal se completa con una breve reseña de la legislación autonómica que incide de algún modo en la regulación del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares: leyes electorales que establecen cuotas en las candidaturas (del 50 por 100 incluso), leyes específicas de igualdad entre hombres y mujeres, como la Ley andaluza 12/2007, y leyes sectoriales, como las relativas a la discapacidad o la protección frente a la violencia de género (cabría añadir otras, como las leyes que regulan los establecimientos y espectáculos públicos).

Teniendo muy presentes las conclusiones extraídas en la «parte general», Díaz Revorio se asoma a la casuística, en lo que él llama «parte especial» de

la eficacia frente a particulares del derecho a no ser discriminado, y trata de afinar los criterios aplicables, de forma específica, a la resolución de algunos supuestos que considera especialmente significativos. En este último capítulo explota al máximo su habilidad para ordenar y clasificar los diferentes casos, que agrupa en tres categorías más o menos homogéneas: *a)* las relaciones entre particulares en las que existe una posición de dominio, normalmente una empresa que se relaciona con sus trabajadores o sus clientes; *b)* las relaciones de las asociaciones o de otras entidades similares (partidos políticos, confesiones religiosas) con sus miembros, o con terceros, y *c)* las relaciones entre particulares que se encuentran «en pie de igualdad», con especial referencia a los actos de disposición *mortis causa* y a la transmisión de títulos nobiliarios.

He de decir, en honor a la verdad, que el autor acierta plenamente en el análisis de estos grupos de casos. Sus reflexiones y propuestas son sensatas y resultan convincentes. No tiene tanto mérito quizá cuando se trata de medir la operatividad del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales (entre la empresa y los trabajadores), por la intensa mediación legislativa y porque disponemos en ese terreno de un acervo doctrinal y jurisprudencial muy sólido y Díaz Revorio lo condensa perfectamente en pocas páginas. Más novedoso resulta el tratamiento de las relaciones entre las empresas y sus potenciales clientes, aunque reproduce en buena medida la tipología acuñada en el tercer capítulo (empresas que gestionan servicios públicos, en régimen de monopolio o cuasimonopolio, grandes empresas) y las consideraciones allí expuestas. Con una mención, muy pertinente, a las empresas «ideológicas» o «de tendencia», que podrían tomar en consideración la afinidad ideológica del trabajador (en determinados puestos de trabajo, no en todos) a la hora de contratar o despedir. Siempre que no reciban financiación pública. En su opinión, que es también la mía, un centro docente privado financiado con fondos públicos no puede seleccionar a sus alumnos en función de su raza, religión o sexo (a pesar del blindaje de los colegios que practican la segregación por sexo en la nueva LOMCE).

En el ámbito de las asociaciones privadas, Díaz Revorio se ocupa, en primer lugar, de las relaciones entre una asociación y sus miembros. El punto de partida es el correcto: la libertad de asociación implica el derecho a asociarse con quien se quiera, y, por tanto, el derecho de los miembros de una asociación a aceptar o rechazar a los futuros miembros. Pero, a su juicio, la vigencia del derecho a no ser discriminado en las relaciones entre particulares impide que una asociación rechace la solicitud de ingreso de una persona por algunos de los motivos constitucionalmente prohibidos, a no ser que exista «un motivo razonable» para dicha exclusión y la medida sea proporcional con ese motivo

(págs. 159-160). Es verdad que luego introduce muchos matices, como vamos a ver, pero yo no plantearía esta cuestión, ciertamente delicada, en esos términos. Yo invertiría precisamente los términos y partiendo de la regla de libertad me atrevería a afirmar que, en principio, una asociación puede negarse a admitir a cualquier aspirante, y no tiene por qué motivar esa decisión. Y creo que con este enfoque alternativo se pueden alcanzar, en la resolución de los casos difíciles o más polémicos, los mismos resultados que aplicando el criterio propuesto por Díaz Revorio.

En efecto, una vez establecida la pauta general, reconoce el autor que la solución no puede ser unívoca y hay que tener en cuenta otros factores, como el motivo en que se funda la exclusión (la raza, el sexo, la discapacidad) o la finalidad de la asociación, un dato muy relevante, porque parece razonable que una asociación de padres divorciados excluya a mujeres o una asociación feminista a hombres, pero no lo será en otros casos. No menos relevante es la naturaleza abierta o cerrada de la asociación: no es lo mismo una asociación abierta en principio al ingreso de nuevos miembros que un club con una política de admisión restrictiva (sólo previo aval o recomendación de un socio, por ejemplo).

En este punto, reviste un especial interés la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana en relación con la posibilidad de prohibir legalmente la discriminación en el acceso a una asociación. Con apoyo en un estudio publicado hace años por quien suscribe, Díaz Revorio rescata los dos criterios que pueden extraerse de esa jurisprudencia, que, además de ser consistentes, porque denotan prudencia y sentido común, resultan operativos, útiles en la práctica. Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial, sólo podrían discriminar en el ingreso de nuevos miembros las «expressive associations», creadas con el objetivo primordial de defender una determinada postura ideológica, política o social, y las «intimate associations», caracterizadas por el establecimiento de vínculos profundos entre un número reducido de personas que comparten aspectos íntimos de sus vidas. Cita el autor, entre otras, la conocida sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Boy Scouts of America et al. v. Dale* (2000), que avaló la negativa de esa organización a admitir homosexuales en sus filas al entender que esa exclusión era necesaria para el mantenimiento de la identidad moral e ideológica del grupo. Un fallo que recobra actualidad por la reciente decisión de los dirigentes de la organización de suprimir esa regla no sólo para los jóvenes menores de edad (se derogó en 2013) sino también para los adultos.

Para Díaz Revorio, la casuística es muy variada y se han de tener en cuenta otros factores, como la posible vinculación entre el ingreso en una asociación (que ocupa una posición de dominio) y el ejercicio de una actividad económica o profesional. Así, en el caso de la Comunidad de Pescadores de «El Palmar»,

paradigmático en este sentido, los tribunales actuaron correctamente al anular la norma consuetudinaria que excluía a las mujeres. Sin duda. Otros elementos a considerar son la trascendencia o repercusión social de la entidad y la relación (o no) de la exclusión de un determinado colectivo con la finalidad que persigue la asociación. Sostiene el autor, refiriéndose en concreto a la exclusión de las mujeres del Club del Liceo de Barcelona, vigente hasta el 2001, que la tradición no es un argumento decisivo para mantener una política de admisión discriminatoria, «si no hay alguna otra justificación». Y advierte que a veces la exclusión del ingreso en una asociación o club privado puede encubrir un propósito principalmente racista y en tales casos la discriminación sería inadmisibles, por no guardar ninguna relación con la finalidad de la entidad. Y sería más intolerable aún si llevase aparejada la prohibición de acceso a locales o establecimientos abiertos en principio al público (pág. 160).

Me parece que el escrutinio que aplica el autor a la hora de valorar la licitud de las políticas de admisión de las entidades privadas de base asociativa es, en este último aspecto, demasiado estricto. Reitero mi preferencia por un enfoque un poco menos rígido, más próximo al que inspira no sólo la jurisprudencia, sino también la legislación norteamericana (Ley de Derechos Civiles de 1964), que distingue claramente entre establecimientos abiertos al público y clubes privados, de carácter recreativo por lo general, que quedan fuera del alcance de las normas antidiscriminatorias y no estarían obligados a justificar sus decisiones en materia de admisión. Creo, por otra parte, que podría darse más relieve a un criterio que el propio autor sugiere (pág. 164): la autonomía de la asociación para escoger a los nuevos socios tenderá a prevalecer cuando las personas excluidas tengan la posibilidad de constituir una asociación alternativa para lograr los mismos objetivos (una tuna universitaria mixta o femenina, por ejemplo).

No podía faltar en este apartado una referencia a los «alardes» tradicionales de Hondarribia e Irún, cuyo acto central consiste en un desfile en el que, por tratarse de una celebración que rememora un acontecimiento histórico, participan únicamente soldados varones enrolados en las diferentes compañías, que sólo admiten la participación de las mujeres como «cantineras». En este caso, que presenta grandes analogías con el de las fiestas «de moros y cristianos» en tierras levantinas, la exclusión de una asociación privada (las compañías) implica de hecho que las mujeres no pueden participar en igualdad de condiciones (como soldados) en el principal acto de las fiestas populares de una localidad. Perfectamente documentado, Díaz Revorio capta muy bien cuál es el quid de la cuestión: un alarde organizado o financiado por el Ayuntamiento no puede excluir a las mujeres (como sostuvo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco en dos sentencias dictadas en 1998), pero si está organizado

por una fundación estrictamente privada puede mantener su configuración tradicional (STS —Sala 3.<sup>a</sup>— de 15 de enero de 2007), como alternativa al alarde mixto, que tiene el respaldo oficial de las instituciones.

Las páginas dedicadas a los conflictos en el ámbito asociativo se cierran con un par de epígrafes que permiten al autor contrastar la validez de sus conclusiones cuando se aplican a dos concretas modalidades asociativas: los partidos políticos y las confesiones religiosas. En el caso de las asociaciones de carácter religioso, tiene sentido, desde luego, exigir la profesión de una determinada creencia para poder ingresar en la misma, pero no otros requisitos. Para Díaz Revorio, una cofradía, por ejemplo, no podría excluir a las mujeres (ni en el acceso, ni en el desempeño de determinadas funciones), sin que exista una justificación razonable para ello. Habría que ponderar la consistencia de los motivos aducidos.

Y llegamos así al tercer y último bloque, el de las relaciones entre particulares «en pie de igualdad». En este contexto, la autonomía privada desplegaría su máxima virtualidad. Una persona puede contraer matrimonio con quien quiera e invitar a su casa o vender su coche a quien estime oportuno, y no importa si esa decisión se basa o no en razones objetivas. Pero esa libertad de contratación tiene un límite, ya apuntado por J. Alfaro y que Díaz Revorio hace suyo: «no es aceptable una negativa a contratar que atente contra la dignidad de la persona, sencillamente porque no se puede recuperar dicha dignidad dirigiéndose a otro comprador». Esa circunstancia puede producirse cuando un particular, aunque no se dedique habitualmente al comercio, realiza una oferta pública. En ese caso (pensemos en el anuncio que alguien pone para vender su coche o su vivienda) no puede discriminar (excluyendo como posibles compradores a los miembros de un colectivo). Ya se hizo alusión a las leyes y directivas que prohíben la discriminación en la oferta pública o el suministro de bienes y servicios. Lo mismo puede decirse de los locales abiertos al público. Al amparo del «derecho de admisión» pueden justificarse algunas decisiones aisladas (como expulsar a un cliente que se comporta de forma violenta o molesta a los demás), pero no las políticas de admisión generalizadas que impidan, por ejemplo, el acceso de gitanos, negros u homosexuales (una práctica bastante frecuente que puede constituir un delito del 512 CP). Y la prohibición debería extenderse, según Díaz Revorio, a las discriminaciones indirectas (las fundadas en un criterio aparentemente neutro como la forma de vestir), aunque, no nos engañemos, será muy difícil probar esa discriminación encubierta.

Dentro de este apartado, se indaga también sobre la virtualidad de la prohibición constitucional de discriminación en el ámbito de los actos y negocios jurídicos personalísimos, un espacio inmune, en principio, a las exigencias deri-

vadas del mandato del artículo 14 y en el que prevalecerá siempre, por su propia naturaleza, la libertad de disposición de la persona. Pero incluso en este ámbito podemos encontrar algún supuesto que se aparta de esa regla. Así, en el acto de disposición personalísimo más emblemático, la disposición de los bienes de una persona a través del testamento, ¿podría excluir el testador a los hijos no matrimoniales o adoptivos, no sólo de la legítima, sino también en la parte de libre disposición? La jurisprudencia constitucional (STC 9/2010) parece sugerir una respuesta negativa, pero el autor no oculta sus dudas. De entrada, tendría que formularse no como una exclusión nominal sino como una exclusión de una categoría o grupo de personas —tradicionalmente postergado— en términos generales, que revelase la voluntad de discriminar del testador. En tal caso, Díaz Revorio no descarta su nulidad por vulnerar el derecho a no ser discriminado de los hijos ilegítimos u adoptivos. Su postura es prudente (no es una afirmación categórica). Pero yo no llegaría siquiera a dar ese paso, porque creo que en este ámbito ha de prevalecer la libertad negocial.

Finalmente, se analiza en el libro la controversia suscitada en nuestro país por las reglas que rigen la transmisión de los títulos nobiliarios y más concretamente por la tradicional preferencia del varón en la sucesión *mortis causa* de dichos títulos. Se da cuenta de la polémica Sentencia 126/1997 del Tribunal Constitucional, que vino a rebatir la jurisprudencia previamente establecida por el Tribunal Supremo, y de la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, que zanjó la cuestión eliminando definitivamente la preferencia del varón. Subsisten, no obstante, en el orden regular de sucesión otras reglas discriminatorias como la preferencia del primogénito (por razón de edad), que no genera rechazo por ser más objetiva, o la exclusión de los hijos adoptivos y no matrimoniales, que debería suprimirse.

Nada diré del capítulo de conclusiones, bien resuelto por lo demás, porque no aporta nada nuevo a lo que hemos comentado. Me llama la atención, sin embargo, la observación final (pág. 195). Se pregunta el autor si la evolución experimentada en las últimas décadas —el derecho a no ser discriminado ha ido ganando terreno en detrimento de la libertad contractual— «deberá seguir hasta que la libertad quede minimizada en aras de una igualdad siempre creciente, o más bien habrá de encontrarse un punto de equilibrio entre ambos valores». Díaz Revorio no toma partido, deja la pregunta sin responder («Sólo el tiempo nos dirá hacia dónde vamos»). Pero estoy convencido de que piensa, como yo, que la única opción constitucionalmente adecuada es la segunda, la del equilibrio, siempre frágil y cambiante, entre ambos valores.

Una última consideración sobre la bibliografía (que va acompañada de una completa relación de la jurisprudencia citada). Es abrumadora, y eso explica

en buena medida la extraordinaria calidad del trabajo. Aun así, uno echa en falta alguna obra más reciente de la literatura anglosajona, como la monografía de Dawn Oliver & Jörg Fedtke (eds.): *Human Rights and the Private Sphere. A Coomparative Study* (2007), y, dado que el libro se publica en México, los trabajos de Javier Mijangos publicados por Porrúa: *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares* (2004) y *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano* (2007).

Es hora de poner punto a final a esta recensión. Sólo me resta recomendar vivamente la lectura de un libro de factura excelente, elaborado con destreza, rigor e inteligencia. Una obra que no defrauda, que no rehúye o soslaya las cuestiones más espinosas, y cumple exactamente el objetivo que se propone: ilustrar al lector que siente curiosidad por saber de qué modo y en qué medida incide la prohibición de discriminación en el tráfico jurídico-privado.

