

**UN CASO DE INADMISIÓN DE ASOCIADOS POR RAZÓN DE SEXO:
LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE CONTRATAR EN LA COMUNIDAD DE PESCADORES
DE «EL PALMAR»**

Susana PÉREZ ESCALONA

DOCTORA EN DERECHO
PROFESORA AYUDANTE DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

s u m a r i o

I. Introducción. 1. Hipótesis de partida. 2. Plan de trabajo. II. Los límites a la libertad de admisión en Derecho de asociaciones. 1. Planteamiento. 2. La posición de dominio de la asociación y la conexión con el poder público III. Notas sobre la constitucionalidad de los criterios discriminatorios de admisión en el ámbito norteamericano. 1. La evolución en la distinción entre *intimate* y *expressive associations*. 2. El estado de la cuestión tras *Boys Scouts vs. Dale* [(1205 Ct 2246 (2000))].

I. Introducción.

1. Hipótesis de partida.

A pesar de que la caracterización contractual del ingreso en una sociedad es una cuestión generalizadamente pacífica en la dogmática del Derecho de sociedades¹, un sector de la doctrina científica española que se ha ocupado del Derecho de asociaciones, ha ensombrecido de forma notable la relevancia contractual del acto de ingreso en una

¹ Así, por ejemplo, GIRÓN; *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, Tomo I, p. 590; PAZ-ARES; en PAZ-ARES/ BERCOVITZ/ DíEZ PICAZO/ SALVADOR CODERCH (Dir); *Comentario del Código civil*; Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, art. 1696, p. 1469.

asociación². La dilución en la trascendencia negocial del ingreso ha conllevado, por desgracia, un injustificado extrañamiento del análisis de los cambios en la composición subjetiva de la asociación en general y de la inadmisión de asociados, en particular, de la órbita del Derecho Privado contractual³.

La premisa metodológica de la que parte el presente trabajo consiste en afirmar que la participación en el contrato fundacional y el ingreso en una asociación se basan siempre en un acto voluntario y, puesto que tiende a la constitución de una relación jurídica, es un *contrato* para el cual es necesario el consentimiento *prima facie* del resto de los asociados. Se trata, por tanto, del producto o resultado de un contrato de asociación de los socios existentes con el nuevo o los nuevos asociados que ingresan. Desde esta hipótesis de trabajo y dentro de la jurisprudencia sobre la materia, vamos a analizar los límites a la libertad de admisión en Derecho de asociaciones a propósito de la STS de 8 de febrero de 2001 [R] 2001/544], en la que se consideró que la inadmisión de mujeres en la Comunidad de Pescadores «El Palmar» (asociación de Derecho privado que tiene atribuida en exclusiva la explotación de la riqueza piscícola del lago de la Albufera), vulnera el derecho

² Téngase en cuenta, en este sentido, que la STC 218/1988, de 22 de noviembre, afirmó que «...La asociación crea no sólo un vínculo jurídico entre los socios, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos (...) El acto de integración en una asociación no es un contrato en sentido estricto al que pueda aplicarse el artículo 1256 Cc, sino que consiste, como se ha dicho, en un acto por el cual el asociado acepta los estatutos y se integra no sólo en una unidad jurídica sino también moral que constituye la asociación...» (FF.JJ. 1º y 2º). V. también, por ejemplo, STC 96/1994, de 21 de marzo, STC 5/1996, de 16 de enero y STS de 7 de junio de 1997 (RJ 4726/1997). Estas afirmaciones han llevado a la doctrina a devaluar la caracterización contractual del ingreso, sustituyéndola por la imprecisa denominación de «acto de integración social». Así, BERMEJO VERA; «La dimensión constitucional del derecho de asociación», *RAP*, 136 (1995), pp. 119-145, especialmente pp. 127-128. V. también, por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ/ FERNÁNDEZ FARRERES; *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*; Madrid, 2002, pp. 180, 191, 268 y 275. Como afirma ALFARO ÁGUILA-REAL, «La expulsión de asociados y la confianza en Derecho privado», *ADC*, I (1997), pp. 155-186, comentando expresamente el artículo de Profesor Bermejo Vera, «la perplejidad invade al comentarista, puesto que si un acto por el cual un sujeto entra, mediante una declaración de voluntad, en una organización voluntaria, no es un contrato pero tiene naturaleza negocial y no parece que sea un testamento ni un cuasicontrato, no queda más remedio que calificarlo como relación contractual (...) Llamarlo acto de integración social no tiene utilidad alguna si en nuestro Derecho no existe una regulación especial para los actos de integración, sobre todo, teniendo en cuenta que también carece de una regulación de los negocios jurídicos en general» (p.162). En la misma línea, FERRER I RIBA/ SALVADOR CODERCH; «Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*», en SALVADOR CODERCH (Coord); *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*; Madrid, 1997, pp. 55-166, especialmente pp. 124-125 y 133.

³ V. para una primera aproximación a la ubicación del régimen jurídico de las asociaciones en el Derecho de sociedades, PÉREZ ESCALONA; «La asociación y el Derecho de sociedades: notas para un debate», *REDUR*, 2 (2004), pp. 79 y ss. También un apunte en «Las fuentes del derecho de asociación (comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio)»; *RCDI*, 659 (2000), pp. 1979 y ss. Más ampliamente, en *La asociación y el Derecho de sociedades: una revisión en clave contractual*, en preparación. Dicho trabajo, que analiza el concepto y el régimen jurídico de las asociaciones ubicándolo en el Derecho de sociedades, como Derecho de las organizaciones, constituirá la versión revisada de la Tesis Doctoral defendida por la autora en la Universidad de La Rioja, el 18 de noviembre de 2005, con la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Agradecemos a los profesores RECALDE CASTELLS, LEÓN SANZ, GÓMEZ POMAR, OLEO BANET y PERDICES HUETOS que la juzgaron, las valiosas apreciaciones y sugerencias sobre su contenido.

fundamental de igualdad porque impide que las mujeres puedan desarrollar una actividad laboral idéntica a la que desempeñan los hombres (F. J. 4º)⁴.

La elección de este pronunciamiento como objeto de comentario se justifica porque la evocación del principio de igualdad de trato (¡en el ámbito laboral!) para resolver la legitimidad de la inadmisión en Derecho de asociaciones, constituye un excelente botón de muestra de la necesidad y el provecho que comporta analizar el régimen jurídico de las asociaciones prescindiendo de los obstáculos, más históricos que reales o vigentes, que dificultan su incardinación en el Derecho de sociedades, como Derecho privado contractual. En el caso, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de 5 de octubre de 1998, estimó la demanda para la protección de los derechos fundamentales y declaró el derecho de las demandantes a formar parte como miembros de pleno Derecho de la comunidad, en las mismas condiciones que los hombres, hijos de pescadores. Asimismo, acordó la modificación de las normas que rigen la asociación para adecuarlas al derecho fundamental de igualdad y de no discriminación por razón de sexo en el acceso a la condición de asociado. Dicha Sentencia fue confirmada ulteriormente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 24 de abril de 1999, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad⁵.

⁴ Para llegar a esa solución, el TS parte «...de una base fáctica formada por los siguientes datos: la Comunidad de Pescadores de El Palmar es una asociación de derecho privado, que se dedica, principalmente, a la explotación de la riqueza piscícola del Lago de la Albufera desde tiempos inmemoriales. Como consecuencia de dicha condición, la Comunidad de pescadores de El Palmar se rige por las costumbres y tradiciones que sus miembros han venido adoptando; a tales efectos, debe reconocerse que aun siendo cierto que la Comunidad de Pescadores carece de Estatutos en el sentido de que no se ha dotado de unas normas codificadas y expresas que regulen su funcionamiento, ello, sin embargo, no empece en absoluto que existan normas de carácter consuetudinario adoptadas precisamente para regular el funcionamiento y la organización de la vida social interna de la Comunidad (...) Dichas normas consuetudinarias suponen, lisa y llanamente, que el derecho a pescar en La Albufera es atribuible a los hijos y nietos varones de los cofrades, a través de la figura de un verdadero derecho hereditario (...) De todo ello surge el *quid* de la presente contienda judicial: la no admisión de las ahora recurridas se debe única y exclusivamente al hecho de ser mujeres, aunque se haya tratado de configurar como una cuestión de formalidades basadas en normas de derecho hereditario. La conclusión de la parte recurrente choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, sobre todo cuando se ha comprobado en el presente caso que el factor sexo ha sido el elemento determinante de la discriminación laboral a que han sido sometidas las recurridas, ya que, se vuelve a repetir, la negativa a que las mismas pudieran integrarse en la Comunidad de Pescadores de El Palmar supone lisa y llanamente el poner un óbice suficiente para que las mismas puedan desarrollar una actividad laboral idéntica a la que desempeñan los hombres, únicos integrantes –antes y ahora– de la misma...» (F. J. 4º). V. sobre la misma, planteando el problema asimismo desde la eficacia horizontal del art. 14 CE, DE VERDA BEAMONTE; «8 de febrero de 2001: inconstitucionalidad de la norma consuetudinaria que excluye el acceso de las mujeres a la comunidad de pescadores de El Palmar. Existencia de discriminación por razón de sexo en el acuerdo de la Junta Directiva de no tramitar la solicitud de ingreso de los demandantes ante la Junta de Capítulos»; CCJC, 59 (2002), pp. 463–484. También, sosteniendo un posicionamiento esencialmente contrario al defendido en el presente trabajo, GARCIA GUMBAU; «La aplicación por los tribunales de justicia del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. La comunidad de pescadores de El Palmar»; *Aequalitas. Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 12 (2003), pp. 13 y ss, especialmente pp. 15 y ss.

⁵ Asimismo, la Comunidad de pescadores interpuso recurso contencioso–administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento de Valencia por el que se requería a la asociación para que efectuara el denominado sorteo de «redolins»(cuotas de pesa) incluyendo a todos los solicitantes –hijos e hijas de pescadores– asumiendo el Ayuntamiento la celebración del mismo en caso de que la Comunidad

Por fortuna, el Tribunal Constitucional recondujo los términos de la discusión haciendo derivar el perjuicio económico causado a las mujeres por no poder pertenecer a la Comunidad de Pescadores, de la *posición de dominio* que esta ostenta, en la medida en que sólo se puede ejercer la pesca en el lago de la Albufera (concesión administrativa de un dominio público en régimen de exclusividad) si se pertenece a la citada asociación. Así, el ATC 254/2001 desestimó el recurso de amparo interpuesto por la Comunidad, afirmando que «... no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión como la enjuiciada en las Sentencias recurridas en amparo, consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de pescadores por razón de sexo, cuando esta comunidad ocupa una posición privilegiada al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola...» (F. J. 4^o)⁶.

2. Plan de trabajo.

Enfocando el tratamiento de la cuestión desde la perspectiva de la eficacia horizontal del derecho fundamental de igualdad, la Sentencia del Tribunal Supremo no tuvo en cuenta que, con carácter general, la legitimidad de la discriminación en la admisión, como la legitimidad de la resolución de cualquier contrato, no puede hacerse depender del perjuicio que comporte la imposibilidad de entrada. El gran mérito del Auto del Tribunal Constitucional consiste así, a nuestro juicio, en aclarar que el perjuicio que comporta la inadmisión sólo será relevante en los casos en los que, bien debido a la posición monopolista de la asociación en el ámbito de actividades de que se trate, o bien debido a la relevancia social o económica de sus funciones, el particular inadmitido no

persistiera en su inactividad. Curiosamente, el Orden de lo Contencioso-Administrativo se mostró mucho más respetuoso con la garantía de la libertad de autoorganización de las asociaciones que el Civil, al fallar la STSJ de Valencia, de 22 de mayo de 2000 (RJCA 2000/1940) y confirmar la STS de 5 de junio de 2003 (RJ 2003/ 4123), que el acuerdo del Ayuntamiento obligando a la asociación a efectuar el sorteo suponía una injerencia intolerable de la Administración en el tradicional funcionamiento de la asociación. Así, la STS afirma que «...(La) libertad de funcionamiento interno de la Comunidad de Pescadores de El Palmar, asociación de Derecho Privado que debe gozar de la protección del artículo 22 de la Constitución, ha sido vulnerada por el acuerdo del Ayuntamiento de Valencia, que representa una injerencia de la Administración municipal en el tradicional funcionamiento de la Comunidad (...). Al Ayuntamiento de Valencia no le correspondía competencia alguna para ejecutar la Sentencia de 5 de octubre de 1998. Si se entendía que con el acuerdo de suspensión del sorteo (...) se trataba de eludir el cumplimiento de la referida sentencia, era al órgano jurisdiccional competente para su ejecución al que correspondía conocer de las cuestiones al respecto. Por otra parte, si el acuerdo de la comunidad de pescadores [suspendiendo el sorteo] era contrario al ordenamiento, dicho acuerdo, como adoptado por los órganos de una asociación de Derecho privado, era recurrible ante los Tribunales que se considerasen competentes para conocer de la materia. Lo que el Ayuntamiento no podía realizar, atribuyéndose el ejercicio de potestades públicas, era injerirse en el funcionamiento de la Comunidad de Pescadores, vulnerando así el derecho de asociación...» (F.J. 2^o). V. también para un análisis exhaustivo del sustrato fáctico del caso, RAMÓN FERNÁNDEZ; *El ingreso en la Comunidad de Pescadores de el Palmar y la transmisión hereditaria del «redolí»*, Valencia, 2001.

⁶ Comentando el mismo, GÓMEZ MONTORO; *Asociación, Constitución, Ley. (Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación)*; Madrid, 2004, opina que «esta solución, sin duda adecuada en este caso, debe no obstante ser excepcional y, de hecho, tanto las sentencias dictadas en la vía previa de amparo como el Auto del Tribunal Constitucional, ponen en énfasis no en un pretendido derecho a la admisión derivado del principio de igualdad, sino en que lo que realmente pretendían las recurrentes era poder pescar» (p. 200).

tiene la posibilidad alternativa de fundar una asociación equivalente a la asociación que le discrimina y no hay, por tanto, garantía de la libertad contractual en la aceptación de los estatutos⁷ [*infra* II]. Al margen, pensamos que el pronunciamiento del Tribunal Supremo operó un injustificado «salto en el vacío», al ubicar el problema de los límites a la libertad de admisión de socios en Derecho de asociaciones en el tema del alcance del principio de igualdad en el ámbito laboral⁸ [*infra* III].

II. Los límites a la libertad de admisión en Derecho de asociaciones.

I. Planteamiento.

El problema de los límites a la libertad de admisión en Derecho de asociaciones parte del hecho de que, con carácter general, se encuentra cubierta por la libertad de autoorganización de las asociaciones (art. 22 CE y 1255 Cc) la posibilidad de que los estatutos subordinen la admisión de asociados a determinados requisitos –edad mínima o máxima, sexo, ejercicio de una profesión, etc– (art. 7 e LOA). En este sentido, la STC 104/1999, de 14 de junio, afirmó que «...la potestad de autoorganización que comprende el derecho de asociación se extiende, con toda evidencia, a regular los procedimientos de incorporación que los propios estatutos establezcan y así, en el presente caso, los propios de la asociación recurrente, en su artículo 16 señalan que la decisión corresponde a la Junta Directiva y que el candidato debe contar previamente con el apoyo de dos tercios de los socios del grupo local (...). El derecho de los socios, como miembros de la asociación, consiste en el derecho a que se cumplan los estatutos siempre que éstos sean conformes a la Constitución y a las Leyes. Y, como se ha dicho, prescindir del cauce estatutario que establece los requisitos para la admisión de nuevos socios [y las diferentes clases de éstos], sólo porque en esa aparente condición fueron satisfechas determinadas cuotas, afecta al contenido del derecho de asociación como elemento integrante de su derecho de autorregulación...» (FF.JJ. 4º y 5º)⁹. El principio legal de democracia interna no puede

⁷ V. en este sentido, por ejemplo, ALFARO; «La expulsión de asociados», «el único perjuicio relevante es el derivado de la falta de alternativas razonablemente disponibles a la pertenencia a la asociación en cuestión. El hecho de que alguien sufra un perjuicio grave porque su contraparte resuelve el contrato que les une no altera la legitimidad de la resolución, la cual dependerá de que se haya realizado en los casos previstos por la Ley o pactados por las partes. Los contratantes pueden y deben prever los posibles perjuicios derivados de una eventual resolución y contratarlo adecuadamente» (p. 178); Del mismo autor, con carácter general, «Autonomía privada y derechos fundamentales»; ADC, I(1993), pp. 57 y ss, especialmente pp. 114; FERRER I RIBA/ SALVADOR CODERCH; *Asociaciones*, p. 72.[V. *infra* II].

⁸ Así, la STS afirmó al respecto que «... estas cuestiones , hoy felizmente superadas, han tenido lugar en otras latitudes socio-jurídicas, y han sido solucionadas como en el presente caso, concretamente en el ámbito laboral que es en el que se desenvuelve la presente contienda judicial. Efectivamente, es el derecho moderno norteamericano, a través de la *affirmative action* el que establece la igualdad absoluta, desde una perspectiva laboral, del hombre y de la mujer, a través de ciertas previsiones constitucionales en materia de igualdad desde un punto de vista laboral (...) dicho material normativo (...) ha sido perfectamente interpretado con la resolución del Tribunal Supremo USA dictada en el proceso *United States Vs. Virginia*, de 1996, a través de la cual permitió el trabajo de la mujer en el Instituto Militar de Virginia, con todo lo que significaba el quebrar unos usos y tradiciones que, para la mentalidad del americano medio, eran intocables» (F. J. 4º). [V. *infra* III].

⁹ En el mismo sentido, por ejemplo, la STS de 11 de julio de 2001 [R] 2001/5155 desestimó el recurso de casación interpuesto por un aspirante a socio ante la denegación de la admisión en una

traducirse, por ello, en una prohibición legal de discriminación en la admisión (art. 2. 5º LOA)¹⁰.

Partiendo de ese principio general de libertad para fijar los criterios de admisión, se encuentra asentado, tanto en la doctrina constitucional como en la científica, que el ámbito de la autonomía asociativa en la selección de miembros (y por tanto, también en su exclusión) debe ser, en general, menos amplio cuando la asociación ostente, de hecho o de Derecho, una posición de dominio en el mercado de fines de que se trate.

2. La posición de dominio de la asociación y la conexión con el poder público.

Desde la STC 218/1998, de 22 de noviembre, la doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que «...lo dicho hasta ahora [el hecho de que la apreciación judicial se deba limitar a verificar si se han dado las circunstancias que pueden servir de base a la decisión de los socios] se refiere a lo que pudieran llamarse *asociaciones puramente privadas*. Una situación distinta surgiría si la expulsión del socio [o la negativa de admisión] se produjese en una asociación que, aun siendo privada, *ostentase, de hecho o de Derecho una posición dominante en el campo económico, cultural, social o profesional de manera que la*

agrupación deportiva sobre la base de la siguiente argumentación: «...en el presente caso (...) hay que manejar como incontrovertibles y constatados en el *factum* de la Sentencia los siguientes datos: a) que la Junta Directiva de la agrupación deportiva *stadium casablanca* –parte recurrida– siguiendo lo dispuesto en los estatutos de la misma tomó el acuerdo de que para determinar la admisión de nuevos socios, los solicitantes a ello debieran hacer constar en su petición la sección deportiva a que pertenecía o había pertenecido dentro de dicha asociación deportiva genérica, todo ello como requisito indispensable para dar la oportuna alta en la asociación. b) Que la parte recurrente como solicitante no demostró de manera fehaciente el haber pertenecido a sección deportiva alguna. Con base a dichos datos, la parte recurrida denegó la admisión como socio (...) facultad que le otorgaba el estatuto de la entidad deportiva, al acordar en su Junta Directiva la exigencia del requisito de tal pertenencia a una sección deportiva, acuerdo que no contradecía lo dispuesto (...) [en] los estatutos sociales y que entraba dentro de las facultades soberanas de dicha Junta. Todo lo anterior justificaba el referido acuerdo y con ello la inverosimilitud de los motivos casacionales alegados...» (F. J. 1º).

¹⁰ A nuestro juicio, el verdadero problema que suscita el análisis del principio de democracia interna como requisito constitutivo consiste no tanto en su previsión normativa como en que la doctrina haya pensado, sin hacer cuestión del supuesto, que dicho principio constitutivo goza de carácter imperativo. De hecho, aun cuando la crítica a la acogida normativa de la democracia interna goza de sustanciales apoyos doctrinales, esa reflexiones suelen efectuarse desde el prejuicio de suponer que el principio de democracia interna sólo puede ser imperativo. V., al respecto, SALVADOR CODERCH; *Asociaciones*, pp. 14–15; BILBAO UBILLOS; *Libertad de asociación y derechos de los socios*; Madrid, 1997, pp. 12–27, especialmente pp. 12–13; MARÍN LÓPEZ; «Comentario al artículo 20 LGDCU», en AA.VV (BERCOVITZ/ SALAS, Coord); *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, p. 490 y 540–542; Del mismo autor, en *CCJC*, 28 (1992), pp. 285 y ss, especialmente p. 301; Del mismo autor, en *CCJC*, 41 (1996), p. 494; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA; *El derecho de asociación*; Madrid, 1996, pp. 203–204 y 215–217; GONZÁLEZ PÉREZ/ FERNÁNDEZ FARRERES; *Comentario LOA*, pp. 127 y ss, especialmente pp. 129 y ss; ELVIRA PERALES; «Asociaciones y democracia interna», en AA.VV; *La Democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. I, Madrid, 2002, pp. 607 y ss; GÓMEZ MONTORO; *Asociación, Constitución, Ley*, pp. 174 y ss.

pertenencia o exclusión de ella supusiese un perjuicio significativo para el particular afectado...» (F.J. 3^o)¹¹.

Se acoge, de esta forma, el criterio alemán de posición de predominio en el ámbito económico o social con independencia de las actividades desarrolladas por la asociación, dada la afrenta a la dignidad del excluido (lesión a un derecho de la personalidad) que puede significar la negativa de admisión. Así, en el rechazo a la solicitud de ingreso habrá de considerarse, por un lado, la falta de justificación del trato desigual y la entidad del perjuicio causado a quien solicita el ingreso denegado mediante una ponderación entre sus intereses (*Interessennabwägung*) y los de la asociación que deniega la admisión¹². Por otro lado, en Derecho alemán la limitación de la autonomía asociativa afecta también a las asociaciones cuyo fin consista en la representación de intereses (económicos, profesionales, etc), dado que los representantes de un cierto colectivo deben permitir que formen la voluntad del grupo todos aquellos de los que se pretende la representación (doctrina de los actos propios)¹³. En ambos casos, el fundamento al que se recurre para limitar la autonomía

¹¹ V. sobre la misma, por ejemplo, FERRER I RIBA/ SALVADOR CODERCH; en *Asociaciones*, pp. 55 y ss, especialmente pp. 103 y 107; MARIN LÓPEZ; «La intervención judicial en los conflictos endoasociativos»; *PJ*, 14 (1989), pp. 156 y ss.

¹² En ese Ordenamiento, el problema de los límites a la autonomía asociativa en la admisión de socios se afronta señalando, en primer lugar, que no puede derivarse del reconocimiento constitucional del derecho de asociación un derecho subjetivo a formar parte de una determinada asociación, salvo que así lo disponga la Ley. En ausencia de previsión legal, se han manejado dos tipos de criterios para recortar el ámbito de la autonomía asociativa en la admisión de miembros: el criterio de la posición monopolista (*der Monopolstellung*) en el ámbito de actividades de que se trate y el criterio de la función económica y social (*der Wirtschaftlicher oder Sozialen Funktion*). Como recoge SCHMIDT, durante largo tiempo la Jurisprudencia acogió el primer criterio mientras que la doctrina apostaba por el segundo, dado que parece razonable afirmar que, por ejemplo, «el sindicato dominante tiene más limitaciones que el único club existente de fans de un músico». El pronunciamiento que orientó la definición del criterio de la función económica y social (y su cambio respecto del criterio de la posición monopolista) fue el caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal en 1974 (*BGHZ* 63, 282= *NJW* 1975, 771), en el que se ventilaba la negativa de la confederación alemana de deportes a admitir como socia a una federación de asociaciones ciclistas, dado que los estatutos de la confederación sólo permitían la afiliación de una federación por disciplina deportiva. El Tribunal devolvió la causa al juzgador de instancia para que ponderara los intereses en conflicto, valorando la gravedad del perjuicio causado a la federación solicitante (pérdida de ventajas económicas y de reputación social) en comparación con el perjuicio que se causaría a la confederación al obligarla a modificar sus estatutos para admitir como asociado a más de una federación por disciplina deportiva. V. con nota de SCHMIDT, *JuS* 1975, 395. También, del mismo autor, *Gesellschaftsrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München, 1994, pp. 593–594 [*Beispiel* núm. 21]; REUTER; *Münchener Kommentar*, 21, RdNr 107, p. 340.

¹³ Otro de los supuestos usualmente citados por la doctrina como perfiladores del cambio de criterio fue el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo Federal en 1985, en el que se ventilaba la licitud de la negativa de admisión de un exmilitante de un partido antidemocrático –el KDP– en el sindicato alemán del metal (*BGHZ* 93, 151 *NJW* 1985, 1216). En el fallo, el Tribunal consideró que que el Sindicato no era monopolista pero tenía un poder económico y social muy superior al de los demás sindicatos, por lo que estimó que la negativa de admisión requería de un mayor fundamento ante la entidad del perjuicio que se causaba al excluido. Con nota de SCHMIDT; *JZ*, 1985, 534. V. también, sobre la misma, del mismo autor, *Gesellschaftsrecht*, pp. 595–596 [*Beispiel* núm. 24]; REUTER; *Münchener Kommentar*, RdNr. 108, pp. 340–341. V. también, HADDING/ VAN LOOK; «Zur Ausschließung aus Vereinen des bürgerlichen Rechts»; *ZGR*, 1988, pp. 270 y ss. Entre nosotros, V., también, BILBAO UBILLOS; *Libertad de asociación*, afirma que en estos casos, «en el fondo lo que se protege es el derecho de todas las personas a participar plenamente de la vida económica, profesional o social de la comunidad, a no ser excluidas de aquellas asociaciones que ejercen en uno de estos sectores una influencia decisiva, cuando esa exclusión se funde en motivos extraños a los propios

asociativa en la admisión de miembros es el de la responsabilidad extracontractual por la causación de un daño injustificado (parágrafos 826 y 823. II BGB), cuya infracción trae consigo no la obligación de indemnizar, sino la obligación de contratar (*Aufnahmepflicht*)¹⁴.

En la aplicación del criterio de la posición de dominio, entre nosotros, la STC 96/1994, de 21 de marzo, introdujo, sin embargo, una limitación adicional al analizar el criterio del perjuicio significativo, no como consecuencia de la expulsión (o inadmisión) de (en) una asociación con posición de dominio, sino como un criterio diferente (y añadido al de ausencia de competencia efectiva) que justifica, por sí sólo, un diferente grado de control. Así, esta Sentencia afirmaba que «...el acuerdo de expulsión (de un socio de una Cooperativa) entrañaba un *perjuicio económico significativo* para [el mismo]. Lo que justifica que en el presente caso los Tribunales ostenten una plena *cognitio* de los referidos acuerdos sociales, como garantía última de la conformidad a los estatutos y a la Ley de los acuerdos de la sociedad Cooperativa...» (F. J. 3º)¹⁵.

Ese mismo criterio de la causación de un perjuicio (económico) significativo considerado descausalizadamente de la posición de dominio de la asociación en el mercado, así como la limitación de la discriminación en la admisión como consecuencia de la eficacia horizontal del artículo 14 CE son los que, a nuestro juicio desafortunadamente, reproduce la Sentencia del Tribunal Supremo que ha motivado las presentes reflexiones.

Como se infiere certeramente del ATC 254/2001, de la misma manera que en Derecho de Defensa de la Competencia una conducta puede ser calificada como abusiva cuando es practicada por una empresa con posición de dominio, resultando inocua cuando es llevada a cabo por una empresa que actúa en competencia efectiva, en atención a la responsabilidad especial que le incumbe de no restringir aun más la (escasa) competencia existente (arts. 6 LDC y 82 TCE), en materia de inadmisión de asociados el perjuicio que para el asociado comporta la inadmisión debe ser analizado como *resultado* de una previa posición de dominio por parte de la asociación de la que traiga causa. Y ello, porque es precisamente la posición de dominio de la asociación (su preponderancia o función económica y social) la que «...la coloca en una especial situación que la lleva a no poder realizar determinadas actuaciones (la exclusión o inadmisión) que, si no se dieran las anteriores circunstancias, serían plenamente válidas...»¹⁶. Cuando la asociación ostenta una

finde de la asociación, como la voluntad de preservar determinados privilegios de casta o los prejuicios raciales o sexistas» (p. 194).

¹⁴ También se acude a la aplicación analógica del párrafo 27 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), que obliga a las organizaciones económicas y profesionales a admitir a las empresas que soliciten el ingreso si la inadmisión perjudicase a su actitud para competir en el mercado. Así, SCHMIDT; *Gesellschaftsrecht*, p. 593; REUTER; *Münchener Kommentar*, RdNr. 94-95, pp. 333-334 y RdNr. 107, p. 340.

¹⁵ V. sobre la misma, por ejemplo, MARÍN LÓPEZ; en CCJC 36 (1994), pp. 71 y ss. En concreto, la citada Sentencia expresamente interpretó que «...la propia STC 218/1988 expresamente excluye la aplicación de la doctrina sentada sobre el alcance del control judicial de los acuerdos sociales de expulsión de un socio en aquellos supuestos en los que, *por la naturaleza de la asociación*, la exclusión de ella suponga un perjuicio significativo» (F. J. 2º B)

¹⁶ Tomado de, por ejemplo, RTDC de 28 de julio de 1992 (AC 1992, 1253), As. 305/1991, *Igualatorio Médico Colegial*. En el mismo sentido, por ejemplo, la RTDC de 29 de julio de 1999 (AC 1999, 1767, As. 438/1998, *Interflora*, el Tribunal calificó como abusivas las cláusulas de exclusiva que Interflora imponía a sus floristerías por las que se les impedía ejecutar encargos transmitidos por establecimientos no incorporados a su red, porque aunque se trataba de una conducta que hubiera podido realizar legítimamente una empresa sometida a competencia efectiva, debido a la clara posición de dominio que ostentaba Interflora, dicha conducta producía unos resultados y adquiría

posición de dominio, el criterio discriminatorio de admisión opera reduciendo aun más la escasa competencia existente porque «...la libertad de contratar (...) juega efectivamente cuando quien la ejercita no ocupa una posición de dominio en el mercado: todo operador (...) puede contratar como y con quien quiera. Pero cuando se llega a una posición dominante, la facultad de contratar se convierte en una obligación cuyo incumplimiento –la negativa a contratar– exige la concurrencia de una justa causa. [Por ello] afirmada la posición de dominio (...) deben valorarse las razones específicas que motivaron su actuación para decidir si una conducta estaba o no justificada...»¹⁷.

En el caso, existían buenas razones para que el Tribunal Supremo hubiera considerado que la negativa de admisión de mujeres en la comunidad de pescadores suponía un abuso de la libertad de contratar de la Comunidad de pescadores de «El Palmar», porque la explotación de un dominio público en exclusiva por parte de la asociación impide la creación de una asociación competidora por parte de las mujeres inadmitidas, en la medida en que ni pueden perseguirse los fines de la asociación sin pertenecer a ella, ni se puede obtener un *status* similar al que proporciona la pertenencia a la asociación fundando una asociación competidora (arts. 1255 y 7.2º Cc)¹⁸.

Fundamentando la ilegalidad de la inadmisión de mujeres en la eficacia horizontal del derecho fundamental de igualdad, así, el pronunciamiento desaprovechó la ocasión para afirmar que cuando entre el poder público *lato sensu* y la asociación exista una relación de especial conexión –«Symbiotic relationship»– (derivada de, por ejemplo, la obtención de

una gravedad sobre el mercado que no se hubiera producido si la hubiera adoptado una empresa sometida a competencia efectiva. La razón se encuentra en que «...cuando una empresa ocupa una posición de dominio en el mercado, la estructura de la competencia en el mismo está ya debitada, por lo que cualquier restricción adicional constituye una explotación abusiva de su posición de dominio» (F.J. 7º). Ello implica que si la empresa dominante no podrá defenderse con el argumento de que la conducta en sí misma es usual o normal en el mercado. De hecho, son abundantes los supuestos en los que las prácticas como las cláusulas de exclusividad o los descuentos por fidelidad han sido declarados abusivos cuando eran practicados por empresas con posición de dominio resultando inocuos en caso contrario. V. al respecto, PELLISÉ CAPELL; *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LDC*, Pamplona, 2002, especialmente pp. 169 y ss y nota núm. 766; PASCUAL Y VICENTE; «El abuso de posición de dominante»; *RDM*, 245 (2002), pp. 1291 y ss, especialmente pp. 1333 y ss.

¹⁷ Tomado de, por ejemplo, RTDC de 30 de junio de 1992, As. 309/1991, *ACIMA c. Mutua Madrileña Automovilística*. Como es sabido, a los costes en los que una empresa ha de incurrir para entrar a competir se los denomina, genéricamente, barreras de (a la) entrada. No obstante, la doctrina económica se divide a la hora de considerar que sólo se puede hablar de barreras a la entrada, en sentido estricto, cuando existan barreras legales o administrativas y los que consideran como tales cualquier coste en el que deben incurrir las potenciales empresas entrantes que no deben soportar las incumbentes. V. al respecto, por ejemplo, recientemente, SCHMALENSSEE; «Sunk Cost and Antitrust Barrier to Entry»; *MIT Sloan School of Management*, Working Paper 4457-04 (2004), pp. 1 y ss. Analizando el papel de las cláusulas contractuales como barreras a la entrada, por ejemplo, NICITA; «Barriers to Entry By Lock-in contracts» [<http://ssrn.com>]. Analizando el criterio de la raza como barrera a la entrada en el mercado de admisión a las facultades de Derecho estadounidenses, ROITHMAYER; «Barriers to Entry: a market lock-in model of discrimination»; *Virginia Law. Rev.*, 86 (2002), pp. 728-802, especialmente pp. 776 y ss.

¹⁸ Se trata, por tanto, de la misma racionalidad que sustenta el requisito legal de *la falta de alternativa equivalente* en el mercado relevante para la empresa dependiente, en el supuesto de explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal (art. 16. 2º LCD). V. al respecto, por ejemplo, ZABALETA DÍAZ; *la explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Tesis Doctoral, Madrid/ Barcelona, 2002, especialmente pp. 232 y ss.

subvenciones públicas, el reconocimiento de la explotación en exclusiva de un dominio público o la autorización para prestar servicios al público en general), existen *barreras de entrada* que dificultan, en mayor o menor medida, la creación de una asociación competidora. De forma completamente inexplicable, además, el Tribunal Supremo trajo a colación la jurisprudencia norteamericana en materia de igualdad de sexos (en el ámbito laboral! sin aludir, ni siquiera de pasada, a la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de los criterios discriminatorios de admisión en *materia de asociaciones* en dicho ordenamiento.

III. Notas sobre la constitucionalidad de los criterios discriminatorios de admisión en el ámbito norteamericano.

1. La evolución en la distinción entre «intimate» y «expressive» association.

El primer precedente en el que la Corte Suprema de Estados Unidos utilizó la doctrina del *interés prevalente del Estado* en erradicar la discriminación en la admisión de miembros para restringir la libertad de asociación, fue en el polémico caso *Roberts V. United States Jaycees* [St. Ct. 3244 (1984)]¹⁹. En el caso, se ventilaba la decisión de una división local de los *Jaycees* de admitir mujeres como miembros de pleno derecho (con capacidad de voto) en contra del criterio de los estatutos de la organización nacional²⁰. La Corte estimó que limitar la posibilidad de que la organización nacional elija a sus miembros, supone una restricción significativa de la libertad de autoorganización de las asociaciones pero, adoptando una decisión muy polémica, afirmó que la limitación de la libertad del grupo –

¹⁹ La Corte Suprema de Estados Unidos reconoció protección constitucional al derecho de asociación por vez primera en 1958 en *NAACP v. Alabama ex.rel. Patterson* [(357 U.S 449 (1958)]. En ese caso, la Corte estimó la existencia de un derecho –protegido por la Primera Enmienda– a fundar asociaciones para promover la expresión de ideas – *expressive associations*– y falló que el requerimiento estatal a NAACP para que revelara sus listas de miembros violaba el derecho del grupo a asociarse libremente sin interferencias públicas. Con posterioridad, la Corte estableció que la protección constitucional del derecho de asociación se extiende a grupos interesados en cuestiones extraparlíticas, incluidas organizaciones sociales y asociaciones puramente privadas. Respecto de éstas últimas, se protege la libertad de asociación como derivación del derecho a la privacidad en el caso *Griswold v. Connecticut* [381 US. 479, 483 (1965)], que se convertiría en el primero de una serie de decisiones en el mismo sentido. V. al respecto, por ejemplo, BUSS; «Discrimination by Private Clubs», *Wash. U.L.Q.R.* 67 (1989), pp. 815–849, especialmente pp. 822 y ss; COLLOTON, «Freedom of association: the attack on single-sex college social organizations»; *Cal. L. Rev.*, 75 (1987), pp. 2117–2164; MCGEE, «The Case for an absolute right of negative association», *Policy Analysis*, 9 (1996), Julio, pp. 1 y ss; BERNSTEIN, «The Right of expressive association and Private Universities' Racial Preferences ad Speech Codes», *George Mason University School of Law. Law and Economics Research Papers Series*, Paper núm. 01–10 (2001), pp. 1–40, especialmente pp. 1–2 y notas núm. 4 y 5.

²⁰ V. sobre el mismo, LINDER, «Freedom of association after Roberts v. United States Jaycees»; *Mich. L. Rev.*, 82 (1984), pp. 1878 y ss; WILARD; «Roberts Vs. United States Jaycees and the affirmation of the State Authority to prohibit sex discrimination in public accommodations: distinguishing private activity, the exercise of expressive associations, and the practice of discrimination»; *Rutgers L. Rev.*, 38 (1986), pp. 341 y ss; SCHWARTZ; «Discrimination on campus: a critical examination of single sex college social organizations»; *Cal. Law. Rev.*, 75 (1987), pp. 2117 y ss, especialmente p. 2141; GUTMANN; «Freedom of association: an introductory essay», en la obra colectiva, AA.VV (GUTMANN, ed); *Freedom of Association*; Pinceton, 1988, pp. 3 y ss; BERNSTEIN; «Antidiscrimination Laws and the First Amendment»; *George Mason University School of Law. Law and Economic Working Paper*, núm. 00–39, pp. 1–73, especialmente pp. 15–21 y nota núm. 52.

que en ningún momento se calificó como asociación puramente privada— para expresar sus ideas y valores (y, por tanto, para elegir a sus miembros) se encontraba plenamente justificada por el interés prevalente del Estado —plasmado en la legislación antidiscriminatoria— en promover la igualdad y eliminar la discriminación por razón de sexo²¹.

En concreto, la Corte no encontró evidencias de que la aceptación de mujeres en los *Jaycees*, cuyo propósito central consiste en «la promoción de los intereses de los (hombres) jóvenes» pudiera «cambiar el contenido o el impacto de los fines de la asociación». Así, se declaró que la libertad de asociación debía protegerse como un derecho (casi) absoluto a discriminar, solamente en los supuestos en los que la constitución de la asociación se entiende como derivación del derecho a la privacidad (*intimate association*), esto es, cuando nos encontremos ante «pequeños grupos en los que los miembros interactúan cara a cara»²². En estos casos, debe tenerse especialmente en cuenta que la protección frente a la estigmatización y la indignidad resultante de la exclusión (por motivos especialmente vinculados con la dignidad humana como la raza o el sexo) se reduce sustancialmente cuando la exclusión del grupo es «pequeña y privada» (principio general de libertad). Es decir, cuando nos encontremos ante agrupaciones que sean los suficientemente reducidas y selectivas en la elección de sus miembros, en las que los objetivos a perseguir por sus miembros sean lo suficientemente personales, sociales y no comerciales²³.

Sin embargo, cuando la finalidad primordial de la asociación consista en la *expresión de un mensaje o de una ideología*, la discriminación sólo debe permitirse (principio general de prohibición), cuando se considere necesaria para salvaguardar la ideología del grupo (cuando el contenido del mensaje que pretende transmitir la asociación dependa directamente de la elección de sus miembros), y, por tanto, no resulte aplicable el prevalente interés del Estado en erradicar la discriminación plasmado en la legislación antidiscriminatoria estatal o federal²⁴.

No obstante, en voto particular y de forma similar a nuestra doctrina del perjuicio significativo aislado de una previa posición de dominio, se formuló la distinción entre *comercial* y *expressive associations*, asignando a las asociaciones con una función primordialmente «comercial» (en las que la pertenencia a las mismas sea fuente de oportunidades laborales o posibilite la realización de negocios) un estatuto jurídico distinto respecto de la discriminación en la admisión de sus miembros. De hecho, se considera que los *Jaycees* no pueden ampararse en la plena libertad para la promoción y la expresión de las ideas, porque con ocasión de la pertenencia a la asociación sus miembros tenían la oportunidad de acceder a contactos laborales, respecto de los que se discriminaba a las

²¹ Así, por ejemplo, BERNSTEIN; «Antidiscrimination Law and the First Amendment», pp. 12–13.

²² El problema consiste, naturalmente, en fijar características concretas que permitan distinguir a este tipo de asociaciones. Como afirma, por ejemplo, COLLOTON; «Freedom of Association», la jurisprudencia maneja criterios como el número de miembros, el conocimiento y la congenialidad de los socios entre sí, etc. (p. 434). Pero mientras que, por ejemplo, este autor considera que las hermandades universitarias deben recibir una fuerte protección por cumplir dichas características y por suponer un sustituto de las relaciones familiares (p. 433); SCWARTZ; «Discrimination on Campus», considera que, por el contrario, dichas organizaciones estudiantiles no deben recibir protección por esta vía (pp. 2142–2147, especialmente p. 2145).

²³ V., al respecto, por ejemplo, BUSS; «Discrimination by Private Clubs», p. 842

²⁴ V., al respecto, por ejemplo, BERNSTEIN; «Antidiscrimination Laws and the First Amendment», p. 21.

mujeres. La aplicación de la doctrina del interés prevalente del Estado en erradicar la discriminación, según el voto particular, no se justifica porque la pertenencia de mujeres no altere el fin principal de la asociación como afirmó la mayoría, sino porque la asociación era una «organización cuasi-comercial»²⁵.

Los autores críticos con este pronunciamiento, no obstante, argumentaron que, en realidad, el verdadero propósito que guía la imposición de la admisión de mujeres en los *Jaycees* consiste en «persuadir a los hombre jóvenes de que sus intereses son indistinguibles de los de las mujeres jóvenes»²⁶. De hecho, se afirma, puede que sea técnicamente correcto admitir que las mujeres que desean formar parte del grupo como miembros de pleno Derecho no intentan, necesariamente, modificar el propósito central de la organización y puede que también sea teóricamente posible sostener que la admisión de mujeres no provoca efectos significativos en la misión central y en la política de la asociación, pero como afirma LINDER, de la misma forma que resulta absurdo aducir que forzar al *Ku Klux Klan* a admitir a afro-americanos como miembros no causa efectos significativos en la filosofía de la organización, debe tenerse en cuenta que el impacto que tiene la admisión de mujeres como miembros de pleno Derecho en la política y en las actividades de los *Jaycees* «puede ser menos dramático, pero no es menos cierto»²⁷.

Ulteriormente en *Boards of Directors of Rotary International vs. Rotary Club of Duarte* [481. U.S. 537 (1987)] se salvo la constitucionalidad de la admisión de dos mujeres por parte de una división local de California del *Rotary Club*, en contra de los estatutos de la organización nacional. Con un discurso similar al contenido en *Roberts*, el fallo argumentó que la admisión de mujeres no modificaba los propósitos centrales de la asociación, entre los que se encuentra la prestación de servicios humanitarios y la difusión de elevados patrones éticos²⁸. Finalmente, en *State Club Ass'n City of New York* [487, U.S. 1 (1988)] se ventilaba la constitucionalidad de una de las previsiones de la *New York City's Human Right Law* que afirma la excepción de la aplicación de la prohibición de discriminación a favor de transacciones «distinctly private». La Corte estimó en dicho caso, así, que la referida excepción no podía devenir aplicable a los *clubs* que tuvieran más de 400 miembros y regularmente recibieran pagos por la utilización de servicios o prestaran servicios al público en general («Symbiotic relationship»)²⁹.

²⁵ V., al respecto, por ejemplo, ROSEMBLUM; «Compelled associations: public standing, self-respect and the dynamic of the exclusion»; en AA.VV; *Freedom of Association*, pp. 75 y ss, especialmente pp. 81-82.

²⁶ V. al respecto, por ejemplo, KATEB; «The Value of Association», en *Freedom of Association*, pp. 75-79.

²⁷ Así, LINDER; «Freedom of Association after *Roberts vs. United States Jaycees*», p. 1892

²⁸ V. al respecto, FALINGER; «Equality versus the right to choose associates: a critique of Hannah Arendt's view of the supreme court's dilemma»; *U. Pit. L Rev*, 49 (1987), pp. 143 y ss; MCGOVERN; «Board of Directors of Rotary International vs. Rotary Club of Duarte: prying open the doors of the all-male club»; *Harv. Women's L.J*, 11 (1988), pp. 117 y ss; SOIFER; «Towards a generalized notion of the right to form or join associations. An essay for Tom Emerson»; *Case W. Res. L. Rev.*, 38 (1988), pp. 641 y ss; PERRY; «Like father like daughter: the admission of women into formerly all male private clubs: a case comment on *Boards of Directors of Rotary International vs. Rotary Club of Duarte*», *New. Eng. L. Rev*, 23 (1988-89), pp. 817 y ss; BERNSTEIN; «Antidiscrimination Laws and the First Amendment», p. 22 y nota núm. 82.

²⁹ V. al respecto, BUSS; «Discrimination by private clubs», p. 817; ZOBLER; «When is a private club a private club: the scope of the rights of private clubs after *New York State Club Association v. city of new york*»; *Brook. L. Rev*, 55 (1989), pp. 327 y ss; FINLAY; «Prying open the clubhouse door: defining

2. El estado de la cuestión tras «Boys Scouts vs. Dale».

Roberts, New York, State y *Rotary* conforman así, la trilogía de precedentes en los que, durante las décadas de los ochenta y noventa, se apoyó la doctrina del interés prevalente del Estado en erradicar la discriminación en materia de admisión de miembros por parte de las asociaciones privadas. Dicha doctrina, no obstante, ha entrado en crisis desde junio de 2000 a raíz del caso *Boys Scouts Vs Dale* [(1205 Ct 2246 (2000))]. En esta ocasión se cuestionaba la constitucionalidad de la decisión de una división local de los *Boys Scouts* de rechazar la pertenencia de James Dale en la organización, en función de su orientación sexual. La Corte estimó que los *Scouts* tenían derecho a excluir a Dale porque *la discriminación en función de la orientación sexual era necesaria para asegurar el mantenimiento de la ideología del grupo* y, por tanto, se incluye dentro de la protección de la libertad de asociación como derivación de la libertad de expresión³⁰.

Este precedente, como afirma BERNSTEIN, ha marcado el fin de la era *Roberts*, provocando un giro en la doctrina de la Corte Suprema, al estimar que no sólo en el ámbito de las *intimate*, sino también en el de las *expressive association*, la libertad de discriminar goza de la misma entidad, sin que puedan invertirse los términos de la relación libertad–prohibición mediante el expediente de la invocación del prevalente interés del Estado en erradicar la discriminación. Se acogen así, en suma, las fundadas objeciones que desde reputados sectores doctrinales se habían venido esgrimiendo frente a la aplicación de la doctrina del prevalente interés del Estado en eliminar la discriminación, cuando las Leyes antidiscriminatorias entren en conflicto con la Primera Enmienda³¹.

Así, en efecto, se ha afirmado que el problema fundamental que suscita la aplicación de esta doctrina consiste en que el Gobierno no tiene, en realidad, *legitimidad constitucional* para erradicar actitudes, creencias o expresiones discriminatorias. Por lo que, en general, no puede considerarse que exista *State action* en la discriminación. El verdadero propósito de la protección de la libertad de expresión consiste justamente, a este respecto, en prevenir que el Gobierno pueda coartar la expresión o promoción de ciertas ideas³². Los

the distinctly private club after *New York State Club Association v. city of New York*», *Wash. U. L. Q.* 68 (1990), pp. 371 y ss; KORBLUM; «Redefining the Private club: *New York State Club Associations Inc. Vs. City of New York*»; *Wash. U. J. Urb. & Contemp. L.* 36(1988), pp. 249 y ss; BERNSTEIN; «Antidiscrimination Laws and the First Amendment», p. 23 y nota núm. 87.

³⁰ V. al respecto, BERNSTEIN; «The right of expressive association and private universities», especialmente pp. 7 y ss; Del mismo autor, «Antidiscrimination Laws and The First Amendment», especialmente pp. 55 y ss; Pronunciándose *a favor* del cambio jurisprudencial sentado en *Dale*, por ejemplo, JONSON; «Expressive association and organizational autonomy»; *Minn. L. Rev.* 58 (2001), pp. 1917 y ss; MCGEE; «The Case for an absolute Right of negative association», pp. 1 y ss; *En contra* del cambio jurisprudencial, por ejemplo, KOPELMAN; «Sings of the times: *Dale vs. Boy Scouts of America* and the changing meaning of nondiscrimination»; *Cardozo L. Rev.*, 23 (2002), pp. 1819 y ss y nota núm. 3; VISCHER; «The Good, the Bad and the Ugly: rethinking the value of association»; *Notre Dame Law. Rev.* 79 (2004), pp. 1 y ss, especialmente pp. 21 y ss.

³¹ Así, BERNSTEIN; «The Right of expressive association», pp. 38–40, No obstante, por ejemplo, KOPELMAN «Sings of the Times», afirma que este precedente es erróneo porque se fundamenta en la idea de que la presencia de Dale en los Scouts envía, por sí mismo, un mensaje a la sociedad sobre el ideario y la filosofía de la organización y, según su criterio, no es cierto que la presencia de Dale envíe por sí mismo dicho mensaje. Al margen, afirma, «la Corte no puede dar libertad a los Scouts para atribuir algún mensaje a la presencia de Dale, porque entonces la Corte debería determinar con carácter previo qué es y qué no es un mensaje» (pp. 14 y ss, especialmente p. 19)

³² V. al respecto, para lo que sigue, BERNSTEIN; «Antidiscrimination Laws and the First Amendment», pp. 24–25. Del mismo autor, «Defending the First Amendment from

argumentos que avalan esta conclusión pueden ordenarse como sigue: *en primer lugar*, se afirma, no es cierto que el Congreso haya manifestado su interés por erradicar la discriminación sino, en todo caso, para limitarla en las relativamente raras instancias en las que las Leyes antidiscriminatorias entren en conflicto con la Primera Enmienda. En todo caso, además, parece evidente que el Congreso no tiene poder para limitar la finalidad de un derecho constitucional por manifestar un interés en hacerlo. De hecho, en la primera ocasión en la que la Corte se apoyó en la doctrina del prevalente interés del Estado en materia de libertades protegidas por la Primera enmienda (para eliminar la discriminación racial en la educación) se alegó que dicho interés se manifestaba por sí mismo en una multiplicidad de Leyes del Congreso y pronunciamientos jurisprudenciales que atestiguaban una «firme política nacional de prohibición de la discriminación racial en la educación pública». Pero la Corte no explicó porqué las Leyes del Congreso prohibiendo la discriminación en la educación pública, como la Constitución requiere, justificaban el interés del Gobierno en erradicar la discriminación en una Universidad privada. Con ese cuestionable precedente, sin embargo, la Corte Suprema operó un salto cualitativo al afirmar en *Roberts* la inconstitucionalidad de la decisión de excluir a las mujeres de los *Jaycees* y, por tanto, el prevalente interés del Estado en erradicar la discriminación plasmado en la Legislación antidiscriminatoria, sobre la base de que el Estado de Minnesota había mostrado, históricamente, «un fuerte interés en erradicar la discriminación». Este precedente sugiere, así, que el Gobierno puede tener *automáticamente* un prevalente interés en erradicar toda suerte de discriminación plasmada en alguna Ley, bien sea federal o bien sea de alguno de los Estados de la Unión. *En segundo lugar*, se afirma que la aplicación de la doctrina del interés prevalente del Estado en erradicar la discriminación plasmada en las Leyes antidiscriminatorias, no tiene en cuenta que la definición de (los motivos de) discriminación es «infinitamente maleable». Así, por ejemplo, se alega que en el Estado de Michigan se prohíbe la discriminación sobre la base de la raza, el color, la religión, la nacionalidad, el sexo, la edad, el estado civil, la apariencia personal, la orientación sexual, las responsabilidades familiares, los condicionantes físicos o la afiliación política. Al margen, se alega que la Corte no ha explicado nunca porqué las Leyes antidiscriminatorias gozan de un especial tratamiento constitucional y no deben someterse al mismo escrutinio de constitucionalidad que otras Leyes. *En tercer lugar*, se argumenta que la libertad de asociación constituye un prerrequisito para el ejercicio de otras importantes libertades civiles y no puede desconocerse, al tiempo, que «los efectos positivos de las Leyes que requieran a una organización privada a aceptar a un (determinado colectivo) como miembros han sido, en general, mínimos». Así, se concluye que al igual que en materia de libertad de expresión la ausencia de regulación en el mercado de las ideas es preferible (menos costosa) que la restricción gubernamental, también en materia de admisión de miembros por parte de asociaciones «la tolerancia de comportamiento antidemocráticos (y por tanto antidiscriminatorios por parte de agentes privados) es el precio que debemos pagar por vivir en una sociedad democrática»³³.

Antidiscrimination Laws»; DGeorge Mason University School of Law. *Law and Economics Working Paper Series*, 04–02 (2003), pp. 1–13 [también en *North Carolina Law Review*, 224 (2003), basado en varios capítulos de la obra del mismo autor *You can't say that! The growing threat to civil liberties from antidiscrimination laws* (Cato Institute 2003)]

³³ Así, BERNSTEIN; «Sex Discrimination Laws vs. civil liberties»; pp. 114 y ss; De forma más radical, MCGEE; «The Case for an Absolute Right of Negative Association»; pp. 2 y ss.