

Diferenciación y discriminación: dos caras de la autonomía privada

VINCENZO BARBA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Roma «La Sapienza»

1. Las densas páginas que Beatriz Gregoraci ha tenido la amabilidad de dedicar a la recensión de mi libro «Principio de no discriminación y contrato»³ me brindan la oportunidad de seguir reflexionando sobre el tema, más de un año después de la publicación de la monografía. Es decir, cuando ya ha transcurrido un tiempo razonablemente suficiente, por un lado, para permitir un cierto distanciamiento emocional de la obra y, por otro, para volver sobre el tema sin la falta de aliento que caracteriza a cualquier autor que, tras un largo tiempo de investigación científica, siente el afán de poner un punto final.

El autor es bien consciente de que ese es el punto final de su concreto y específico libro, pero que sólo es un punto de partida para la investigación. Una monografía no tiene que convencer, pero sí aportar argumentos para que el tema se debata, coralmente, y para que la ciencia jurídica, teórica y práctica, pueda así evolucionar y cambiar.

Añádase que un libro, una vez publicado, se desprende de su autor y vive una vida propia, en la que cualquier lector que se tope con él no encontrará lo que o todo lo que su autor hubiera deseado, sino lo que el lector individual, con su propia visión del mundo y, por tanto, del Derecho, quiera encontrar en él, porque como sabiamente advertía Goethe: cada uno ve lo que lleva en el corazón.

En su reseña, Beatriz Gregoraci advierte muy bien las cuestiones que dan unidad a la monografía y a la vez explican su sentido y génesis, cuando escribe que son: «(i) ¿cuándo existe una discrimi-

³ La reseña del libro «Principio de no discriminación y contrato, Colex, A Coruña, 2023», realizada por BEATRIZ GREGORACI, puede leerse en el *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVII, 2024, fasc. II (abril-junio), pp. 865-892.

nación en alguna de las tres fases de la contratación que justifica la reacción del ordenamiento jurídico privado?; y (ii) ¿cuáles son los remedios contractuales más adecuados para proteger al sujeto discriminado?».

Con mi visión del Derecho, habría dicho que la verdadera pregunta es una, mientras que las otras dos son sólo corolarios de ella. Habría dicho, pues, que el libro plantea esta pregunta: ¿cuándo existe un hecho que constituya una discriminación jurídicamente relevante, que atente contra la dignidad humana y que, por ello, el ordenamiento jurídico no pueda tolerar?

Una vez identificado el hecho discriminatorio, se trata de ver cómo se relaciona y se mide en la materia contractual y, por tanto, cómo puede declinarse en su fase genética, en su fase ejecutiva y respecto a su contenido y qué remedios pueden o deben imaginarse para corregir esa discriminación. En la creencia de que contrato y remedios sirven, como bien enseña Antonio Manuel Morales Moreno, para articular el reparto de riesgos entre los contratantes.

2. El primer capítulo del libro, aunque brevemente titulado «Eficacia y alcance del principio de no discriminación», tiene por objeto comprobar si puede considerarse existente un principio general que prohíba la discriminación en los ordenamientos jurídicos italiano y español (aunque la conclusión puede extenderse a muchos otros ordenamientos jurídicos europeos e iberoamericanos) y, posteriormente, comprender cuándo existe realmente un hecho de discriminación.

Volveré sobre la primera cuestión en breve, mientras que ahora me interesa mucho más la segunda, porque constituye la esencia misma de la investigación que he intentado llevar a cabo.

Discriminar significa «seleccionar excluyendo», que es lo que se hace siempre en el ejercicio de la autonomía privada. Las principales manifestaciones negociales se caracterizan por la elección de uno y la exclusión de todos los demás o por la elección de algo y la exclusión del resto. La elección de una parte contratante, la elección de un heredero o legatario, la elección de un cónyuge, la elección de un tipo contractual, la elección de un contenido contractual, la elección de cumplir o no cumplir, la elección de ejercer un derecho, y los ejemplos podrían multiplicarse sin fin.

Es obvio que la discriminación jurídicamente relevante no es cualquier selección excluyente, sino sólo aquella que causa una ofensa a la dignidad de una persona o de un colectivo determinado. Es necesario, por tanto, entender cuál es el hecho discriminatorio que, como ofensa a la dignidad de la persona, requiere una reacción del ordenamiento jurídico.

Al investigar en qué consiste la discriminación, más allá de todas sus formas posibles (directa, indirecta, acoso discriminatorio, por asociación, por error, múltiple, interseccional, por inducción), he intentado dejar claro que se requiere lo siguiente: un trato diferenciado basado únicamente en un factor de riesgo, que de ningún modo es razonablemente justificable.

Escribía en la p. 34 del libro: «En primer lugar, cabe señalar que la discriminación es, por definición, un concepto de relación, que requiere una comparación entre dos situaciones distintas, respecto de las cuales es posible afirmar que existe una diferencia de trato. Además, para poder hablar de discriminación no basta con que exista cualquier tipo de diferencia de trato, sino que ella debe ser injustificada o, más exactamente, debe basarse en el llamado factor de riesgo, es decir, en aquellas características, reales o presuntas, que definen la identidad o rasgos de una persona o de un grupo y que les exponen, precisamente, al riesgo de ser tratados de forma menos favorable». Por otro lado, intentaba aclarar en la p. 16: «debe excluirse la discriminación cuando la diferencia de trato esté objetivamente justificada y se adopte por medios adecuados, necesarios y proporcionados en relación con los intereses en juego».

Si existe una justificación razonable, no hay discriminación, sino diferenciación legítima. En este sentido compartía en la nota 65 del libro las consideraciones de Ana Giménez Costa cuando afirma que: «la valoración de la justificación de la conducta desigual debe hacerse teniendo en cuenta, primero, si el fin alegado como legítimo constituye un valor social cuya protección debe primarse y, segundo, aplicando a la medida adoptada el principio de proporcionalidad, para determinar si el posible trato desigual es o no inválido por ser contrario al principio de no discriminación. Se trata de dos exigencias cumulativas».

Con estas consideraciones reputaba haber aclarado la distinción entre diferenciación y discriminación, de modo que la segunda requiere una valoración rigurosa y precisa.

Lo que he tratado de transmitir en mi libro es que, ante un trato desigual, hay que preguntarse e investigar: a) si se basa únicamente en un factor de riesgo; b) si carece de justificación razonable.

Si se respondiera negativamente a una o a ambas preguntas, existiría una diferenciación legítima, respecto de la cual no es necesario ningún remedio o intervención o, dicho de otro modo, estaríamos delante un ejercicio legítimo de la autonomía privada. Por el contrario, si se respondiera afirmativamente a ambas preguntas, estaríamos en presencia de una discriminación respecto de

la cual es necesaria una reacción por parte del Derecho civil, sin necesidad de esperar o dejar la respuesta a otros ámbitos del Derecho. Porque en ordenamientos jurídicos como el italiano y el español, que ponen en su cúspide el valor de la persona humana y su dignidad inherente, la autonomía privada y el contrato nunca puede llevarse a cabo de forma que lesione la dignidad de la persona.

Me temo, por tanto, que el principal punto de no coincidencia entre lo que la autora de la recensión vio en el libro y lo que a mí me hubiera gustado que se viera se refiere precisamente a la identificación del hecho discriminatorio.

La autonomía privada no está subyugada al principio de discriminación, porque en la identificación del hecho discriminatorio está toda la teoría de la ponderación de principios, que sirve para restituir al civilista una autonomía privada que no es puro y libre albedrío, sino el ejercicio de un poder conforme a los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico y, en todo caso, que nunca puede lesionar la dignidad de la persona humana.

3. Mi libro parte del *postulado* de que el principio de no discriminación tiene una eficacia horizontal entre particulares y, por tanto, que es susceptible de aplicación inmediata en las relaciones entre ellos incluso sin necesidad de una norma mediadora.

Según Beatriz Gregoraci, esta tesis se basa en dos pilares argumentativos, que no le resultan del todo convincentes: «por un lado, en las disposiciones normativas más relevantes que relacionan directa o indirectamente el principio de no discriminación con el contrato; por otro lado, en la configuración del principio de no discriminación como un principio normativo».

Lo que he querido dejar claro en el libro es que existen en el ordenamiento jurídico italiano, como en el español (aunque las conclusiones pueden extenderse también a otros ordenamientos europeos e iberoamericanos) una serie de normas de las que es posible derivar la existencia de un principio-valor, es decir, de un principio normativo, que, como tal, como máxima expresión del valor, exige la máxima realización.

Obviamente, la adhesión a la teoría de la llamada eficacia directa horizontal, que no era el objeto inmediato y directo de mi investigación, sino una mera premisa o un *postulado*, es susceptible de no estar, como dice Beatriz Gregoraci, bien explicada. Y no porque haya querido faltar a la empatía con el lector, sino porque este tema no pretendía ser ni es el tema de la monografía.

Lo que, en cambio, desde mi punto de vista era esencial, pues de lo contrario esta misma remisión a la teoría de la eficacia directa

sería imposible, era demostrar que existe un principio-valor de no discriminación.

Las normas que invoco son efectivamente muchas, tanto de Derecho italiano como de Derecho español, sin dejar de considerar normas de Derecho europeo, normas internacionales y, por último, normas de *soft law* (pp. 20-25 de la monografía).

En la reseña Beatriz Gregoraci sólo se refiere a unas pocas normas y, en particular, al art. 2 TUE, al art. 19 TFUE y al art. 51 CDFUE.

En primer lugar, cabe señalar que yo nunca menciono esta última norma en mi libro. En cambio, ella es citada por Jesús Alfaro en su obra «Drittwirkung en el Derecho Europeo» para afirmar que: «los derechos fundamentales son, prima facie, mandatos a los poderes públicos para que no interfieran en la esfera de los particulares».

En cuanto a las normas de *soft law*, no entiendo muy bien por qué la autora de la reseña dice que el lector debe sentirse confundido. Beatriz Gregoraci escribe al respecto que: «Por ejemplo, cuando en la p. 25 se mencionan disposiciones de algunos textos de *Soft Law*: pareciera que recogen el principio de no discriminación y, sin embargo, como el propio autor advierte en nota al pie, algunos de ellos (en concreto, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el Código Europeo de Contratos y los Principios UNIDROIT) no se refieren expresamente a este principio, sino a los principios de buena fe, equidad y razonabilidad» (nota 37)».

Sólo quiero señalar que en la nota 37, en aras de la exhaustividad, digo que no hay ninguna referencia explícita al principio de no discriminación en estos tres textos de *soft law*, que, por otra parte, son los menos importantes. Dejo claro, sin embargo, en el texto que existe una referencia explícita al principio de no discriminación en materia contractual en otros tres: «Por último, aunque se trate de una regulación de *soft law*, no podemos pasar por alto el capítulo 3 de los Principios Aquis, los artículos de 2:201 a 2:205 del DCFR, así como el artículo 1:207 de los Principios PEICL» (p. 25 del libro).

Si las normas que hubiera tomado como relevantes a los efectos de afirmar que existe un principio-valor de no discriminación fueran sólo las indicadas por la autora de la reseña, a saber, el art. 2 TUE, el art. 19 TFUE y el art. 51 CDFUE (este último, además, ni siquiera citado por mí) y los Principios Lando, el Proyecto Gandolfi y los Principios Unidroit, estaría de acuerdo en que de estas normas, por sí solas, sería difícil si no imposible desprender la existencia de un principio-valor de no discriminación. Si, por el contrario, la investigación se extiende a todas las demás normas constitucio-

nales, supranacionales, europeas, nacionales e incluso de *soft law*, que he citado en las pp. 20-25 de mi monografía, entonces quizás es más probable afirmar que tal principio existe.

Añado, asimismo, que este principio se afirma ahora incluso explícitamente en materia contractual en la «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos» publicada en 2023 por el Ministerio de Justicia, que constituye, a mi juicio, un texto normativo de extraordinario interés y nada menos que entre los más avanzados de Europa. Pues bien, el artículo 1219 establece: «Cada persona es libre de contratar y de elegir a la otra u otras partes contratantes con los límites impuestos por el principio de no discriminación». Esta norma, que me parece muy convincente, reconoce, por un lado, como he tratado de demostrar, que existe un principio de no discriminación y, por otro, que éste, razonablemente entendido, constituye un límite al ejercicio de la autonomía privada.

En las páginas de mi libro sólo quería demostrar que era posible derivar del tejido normativo la existencia de un principio-valor de no discriminación, asumiendo, además, que éste absorbe las normas específicas que se han ido adoptando a lo largo del tiempo, también a nivel europeo, con referencia a determinados sectores, como el acceso a bienes y servicios, y con referencia a determinados factores de riesgo, como el género o la raza. En este sentido, me parece, además, que la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y no discriminación, adopta esta perspectiva, clarificando en su art. 2, párrafo 1, una noción amplia de no discriminación que no se limita a un determinado factor de riesgo, sino que está abierta a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Que exista un principio valor de no discriminación, por sí solo no justifica que deba aplicarse en las relaciones horizontales, ya que esta es la adhesión a una reconstrucción más amplia y difícil que en el libro sólo es una premisa. No quería, ni podía, escribir un libro sobre la eficacia directa de los principios fundamentales, y mucho más simplemente pretendía referirme a esa teoría que, aunque no unánimemente compartida en Italia y España, cuenta ciertamente con importantes partidarios.

Una teoría que, como es bien sabido, se originó en Alemania y desde allí, con diversos acentos y peculiaridades, se extendió a todos los ordenamientos jurídicos basados en el reconocimiento del valor superior de los derechos fundamentales.

La primera voz a favor de la aplicación directa de la Constitución a las relaciones privadas fue la de Hans Carl Nipperdey. Pron-

to fue contrarrestada por la doctrina de la aplicación indirecta defendida por Günter Dürig. No se trata de una cuestión de mayor o menor sofisticación constructiva, sino de decidir qué lugar ocupa el poder privado en las relaciones sociales tras la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Casi tres décadas de discusión habían marcado una primacía de la tesis de la ejecución indirecta. Esto no escapó a la doctrina más culta, hasta el punto de que en 1984 Claus-Wilhelm Canaris con su *Grundrechte und Privatrecht* llevó el debate un paso más allá al señalar que la Constitución era directamente aplicable a las normas de Derecho privado, pero sólo tenía como destinatario al poder público. A partir de ahí, el debate sigue abierto.

Hoy nadie niega que los Derechos fundamentales tengan relevancia normativa, del mismo modo que nadie pone en duda que sean una restricción para el Estado.

Las posiciones siguen divididas en cuanto su aplicación en las relaciones privadas: existe una parte según la cual los derechos fundamentales no pueden aplicarse directamente porque tienen una doble naturaleza de prohibiciones de injerencia y de mandatos de protección, ambos dirigidos a los poderes públicos; existe otra posición doctrinal que defiende una eficacia horizontal mediata de los Derechos fundamentales entre particulares, lo que en otras palabras significa que será siempre necesaria la interposición del Estado entre los particulares para asegurar dicha eficacia; por último, existe una posición, a la que me adhiero por muchas razones que no pueden argumentarse adecuadamente aquí, según la cual los Derechos fundamentales tienen eficacia horizontal directa e inmediata y, por tanto, pueden ser invocados incluso sin la mediación de una norma de aplicación. En Italia, la teoría es ampliamente defendida y apoyada por Pietro Perlingieri, ya a partir de 1980, con su trabajo «Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», prólogo a su curso de derecho civil 1979-1980, y ahora en su obra fundamental, ya en su cuarta edición, «Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti». Me limito a remitir a la obra del Maestro italiano para cualquier argumentación teórica sobre la adhesión a esta teoría.

4. La recensión de Beatriz Gregoraci y su referencia a la lectura propuesta por Jesús Alfaro me induce a preguntarme si realmente existe una gran diferencia entre la postura que defiende y la sustentada por el insigne mercantilista, en su obra más importante publicada en el Anuario de Derecho Civil en 1993 «Autonomía privada y derechos fundamentales» y retomada posteriormente en

interesantes trabajos publicados, a lo largo de los años en el «Almacén de Derecho».

Entre todos ellos, consideraré especialmente por la fuerte relación con el tema el artículo de 2015 titulado «Libertad contractual y principio de igualdad», que recoge muchas ideas del trabajo monográfico del 1993.

Jesús Alfaro, con amplio razonamiento y justificación analítica de su posición, se adhiere, aunque con matices, a la reconstrucción dogmática de Canaris, de tal manera que considera los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención y como mandatos de protección. A pesar de ello, y en esto no puedo sino estar de acuerdo, Jesús Alfaro afirma que hay un derecho fundamental que tiene eficacia inmediata y directa entre los particulares: la dignidad humana. Yo quizás añadiría, con mi cosmovisión del derecho, que ni siquiera es un derecho fundamental, sino el valor normativo fundante del mismo ordenamiento jurídico.

Con independencia, por tanto, de la aceptación de la teoría de la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales, el valor de la dignidad humana, que constituye también el fundamento de la autonomía privada, es un valor de aplicación inmediata y directa.

Motivado por esta premisa, cualquier discrepancia con Jesús Alfaro, más allá de la preferencia por la teoría de la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales, se refiere, limitadamente al principio de no discriminación, al hecho discriminatorio y, por tanto, a la constatación de si un hecho discriminatorio constituye o no una vulneración de la dignidad humana.

Creo, por tanto, en contra de lo que podría presumirse de la lectura de la reseña de Beatriz Gregoraci, que más allá de la adhesión metodológica a la teoría de la eficacia directa o indirecta, la distancia entre la posición defendida en la monografía y la de Jesús Alfaro es, en lo que respecta a la no discriminación, menos amplia de lo que podría parecer.

Según mi reconstrucción, el hecho discriminatorio, es decir, la diferenciación basada en un factor de riesgo que no puede racionalmente justificarse debe considerarse abusiva y lesiva para la dignidad de la persona.

Me convence el ejemplo propuesto por Jesús Alfaro del ciudadano marroquí al que no se permite la entrada a una discoteca por su raza y a un casino, por estar en la lista de personas a las que se prohibió el acceso. El caso explica la diferencia entre discriminación y diferenciación; entre diferenciación injustificable y diferenciación justificable. Lo primero es ciertamente discriminación, lo

segundo no, también porque no es el factor de riesgo el que impide la entrada, sino una motivación ulterior y distinta.

De nuevo, estoy de acuerdo con Alfaro cuando dice que la no admisión de un plebeyo en una asociación de nobles no es discriminatoria, si bien añado que, al menos en Italia, la propia legitimidad de tal asociación podría ser opinable. No hay discriminación en función de un factor de riesgo, sino una identificación más o menos razonable –dependiendo de cómo se reconozca la nobleza en un Estado– de las características de las personas.

También pienso que se puede prohibir a una mujer entrar en una asociación gastronómica, pero sólo si hay una razón que lo justifique y no por el mero hecho de ser mujer. Porque si la única razón fuera el hecho de ser mujer, y no hubiera una justificación objetiva de la razón para admitirla, entonces la negativa –independientemente de que haya otras asociaciones– me parece discriminatoria porque atenta contra la dignidad de la mujer. En esto no estoy plenamente de acuerdo con Jesús Alfaro, precisamente porque estoy convencido de que excluir a una mujer de una asociación gastronómica por el mero hecho de ser mujer, aunque haya muchas otras asociaciones gastronómicas a las que puedan acceder las mujeres, es discriminatorio y atenta contra la dignidad de la misma mujer.

Por otra parte, el ejemplo de la persona que decide no comprar en una tienda porque su propietario es árabe no me parece pertinente, mientras que el caso de un comerciante que niega el acceso a sus bienes y servicios a una persona por el mero hecho de ser de determinada raza o sexo y sin ninguna otra justificación me parece discriminatorio. En estos casos, además, sin necesidad de remitirse al principio general, el acto discriminatorio estaría explícitamente prohibido por las directivas europeas sobre acceso a bienes y servicios. Podría, aparentemente, decirse que en estos casos se aplica una norma específica, aunque el intérprete es consciente de que las normas, para formar parte del sistema, obedecen siempre sistemáticamente a un principio, pues son los principios los que al orientar las normas permiten ordenarlas y, por tanto, ser un sistema jurídico.

En definitiva, me parece, en lo que al principio de no discriminación se refiere, que la distancia es mucho menor de lo que parece, y que el punto de discusión podría centrarse únicamente en el hecho discriminatorio, es decir, en la identificación del hecho que constituye una verdadera discriminación y no una mera diferenciación.

Sigo convencido de que el hecho discriminatorio, tal y como yo lo entiendo e identifico, implica siempre una lesión a la dignidad humana, porque un trato diferenciado basado únicamente en un

factor de riesgo y en ausencia de justificación razonable siempre ofende a la dignidad de la persona, al convertirse siempre en un comportamiento vejatorio. Cuando trato a una persona de forma diferente sólo por la existencia de un factor de riesgo, estoy ofendiendo la dignidad de la persona, porque lo estoy tratando como ser inferior.

No cabe duda de que los posibles índices que Jesús Alfaro sugiere para identificar la discriminación que atenta contra la dignidad humana deben ser tenidos muy en cuenta, porque ayudan a comprender cuándo es necesaria una intervención del ordenamiento jurídico. Hay mayor posibilidad de acoso: cuando el acto de discriminación no es modificable para la persona que sufre el tratamiento diferenciado; cuando la discriminación se basa en circunstancias utilizadas históricamente para determinar la condición de las personas; cuando la discriminación es observable.

Creo que son índices que también pueden resumirse, como he intentado hacer, diciendo que la discriminación impone un trato diferenciado basado en un factor de riesgo y no razonablemente justificable.

Si esto es cierto, creo que hay muy poca diferencia entre nosotros.

5. La última cuestión que quisiera retomar, inspirándome en la reflexión de Beatriz Gregoraci, aunque ya ha sido aclarada en las líneas precedentes, es la relación entre la autonomía privada y el principio de no discriminación.

Parto de la base de que la autonomía privada es el ejercicio de un poder que el ordenamiento jurídico confía a los particulares, para permitirles, en virtud de un principio de autodeterminación, la realización de sus intereses. No es un poder originario, sino derivado y, por tanto, un poder que encuentra límites, entre ellos el de no ser contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. El orden público incluye el orden público constitucional.

Teniendo en cuenta mi forma de ver el hecho discriminatorio, está bastante claro que la autonomía privada y la no discriminación implican un constante juego de ponderación. En cualquier fase de la vida del contrato, desde su formación hasta su ejecución, pasando por su contenido, es necesario comprobar si se ha producido, con independencia de sus modalidades concretas (directa, indirecta, acoso discriminatorio, por asociación, por error, múltiple, interseccional, inducción), un hecho de discriminación.

En el supuesto de una respuesta positiva, es decir, si se constata la existencia de un hecho de discriminación, hecho que repito es inevitablemente tal que atenta contra la dignidad de la persona, como demuestran los numerosos ejemplos que he expuesto en la

monografía, entonces el ordenamiento jurídico debe necesariamente reaccionar.

Esa reacción, precisamente con respecto a la autonomía privada y atendiendo a los intereses concretamente implicados, no tiene por qué agotarse en la nulidad del acto discriminatorio, sino que debe incluir la multiplicidad de remedios que pueden corregir el ejercicio abusivo de la autonomía privada: nulidad parcial; modificación del contenido del contrato; imposición de la obligación de contratar; indemnización por daños y perjuicios y protección inhibitoria y colectiva.

De ahí la conclusión que había propuesto de la neofuncionalización del contrato. Fórmula lingüística con la que había pretendido esclarecer que el propio concepto de autonomía privada y de contrato, en función del principio de no discriminación, como lesivo de la dignidad de la persona, requiere un replanteamiento general, pues, al igual que la propiedad privada debe cumplir una función social, lo mismo puede decirse del contrato.

Y sobre este aspecto he tratado de ser prudente, explicando que la palabra funcionalización, lejos de tener una función puramente política, cumple una función puramente técnica y jurídica y enseña que con el advenimiento de las constituciones toda la autonomía privada no puede tener lugar en contraste con los valores existenciales.

El propio tema del contrato sostenible, que parece estar de plena actualidad en este momento histórico, no es más que una explicación de la neofuncionalización del contrato.

La funcionalización del contrato, que en ningún momento atenta a la seguridad jurídica, «es una expresión de esta nueva hermenéutica, pero es sobre todo una toma de conciencia de que el contrato es un instrumento de la economía de mercado que, sin embargo, no puede transformarse en un arma de discriminación» (pp. 199 ss.). La seguridad jurídica no puede estar garantizada por la repetitividad de la solución, sino por la controlabilidad de la decisión.

6. Sólo me queda cerrar esta reflexión expresando mi agradecimiento a Beatriz Gregoraci por haber aceptado la invitación a reseñar mi monografía y por darme la oportunidad de volver sobre este tema con sus reflexiones en las que dialogó conmigo y con Jesús Alfaro y con las que supo desnudar el tema del libro.

Ello me ha permitido insistir en su mensaje que, como observaba al comienzo de este texto, naturalmente puede no llegar al lector tal y como su autor espera. Diré, en fin, que tal mensaje se presenta tranquilizador: los particulares no pueden discriminar lícitamente,

pero siempre podrán seguir diferenciando, ya que la diferenciación es la esencia de la autonomía privada, mientras que la discriminación, tal como he tratado de entenderla, es su límite.