

## RECENSIÓN

**Cucarella Galiana, Luis A., *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019**

DR. LUIS JIMENA QUESADA

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Valencia*

El Profesor Cucarella Galiana, Catedrático de Derecho Procesal en la Universitat de València, nos ofrece una monografía sólida y de consulta imprescindible para acercarse, no únicamente a supuestos sustanciales especialmente merecedores de protección igualitaria y no discriminatoria, sino asimismo a las principales especialidades procesales existentes en materia de legitimación activa para articular esa protección del derecho a la igualdad y no discriminación ante los órganos jurisdiccionales. En particular, desde el punto de vista sustantivo o material, cuatro situaciones de vulnerabilidad preocupan y ocupan a nuestro autor, a saber, la tutela frente a conductas discriminatorias por género, discapacidad, extranjería y orientación o identidad sexual. Lo cual se completa, desde una óptica adjetiva o procesal, con un minucioso análisis de los principales procesos de amparo nacional en España (ante la Jurisdicción ordinaria y ante el Tribunal Constitucional) y en el continente europeo (con énfasis en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), sin olvidar la experiencia comparada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; este segundo enfoque justifica el subtítulo del libro (*Especialidades en los procesos por discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo*) y presenta la virtud, entre otras, de acercarnos al conocimiento de cauces procesales de carácter eminentemente individual que, no obstante, proyectan una protección general en casos de conductas discriminatorias de carácter masivo. A este respecto, Luis Cucarella supera perspectivas “clásicas” que han venido atendiendo la salvaguardia de intereses colectivos o difusos en el ámbito del Derecho del Consumo o del Derecho Ambiental.

En todo caso, un elemento transversal que impregna el conjunto de la obra del Doctor Cucarella reside en su sensibilidad y compromiso con la defensa de los derechos

humanos, lo cual viene aderezado por su condición de experto en el terreno de la tutela multinivel de los derechos humanos, respaldado entre otros méritos por el ejercicio de la vicepresidencia de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Pues, en efecto, el libro combina la protección nacional y la internacional explotando las sinergias del sistema global de derechos humanos y, adicionalmente, saca partido de la compatibilidad entre los estándares autonómicos y el nacional (dentro del subsistema doméstico español, que incluye un examen de “Derecho autonómico comparado”), así como de las influencias recíprocas entre sistemas regionales (particularmente, de los sistemas europeo e interamericano, que se traduce en un estudio de “Derecho internacional comparado de derechos humanos”).

En estas coordenadas, la obra se estructura coherentemente en dos partes complementarias, dedicándose la primera a la protección doméstica con el título “Amparo ordinario y constitucional, especial referencia a los casos de discriminaciones masivas”, mientras la segunda aborda la defensa internacional bajo la rúbrica “Protección supranacional del derecho de igualdad: técnicas de tutela colectiva”.

\* \* \* \* \*

Con semejante aproximación, la parte I (“Amparo ordinario y constitucional, especial referencia a los casos de discriminaciones masivas”) se divide a su vez en cuatro capítulos. El primero de ellos (titulado “Protección del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres”) pone el foco de atención en las principales disposiciones procesales incluidas en Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, analizando de modo particularizado y constructivo la legitimación activa (de la persona afectada, de sindicatos o asociaciones, de organismos públicos competentes en materia de igualdad o del propio Ministerio Fiscal) tanto cuando las personas afectadas estén determinadas como en los supuestos de indeterminación o difícil determinación, sin obviar la problemática referente a la ausencia de regulación procesal específica para atender a los casos de pluralidad de procesos por conductas o actos discriminatorios. El tratamiento general de estas cuestiones se ve completado por un atinado acercamiento específico a la discriminación por publicidad sexista, ampliando el espectro de análisis al impacto de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y de la Ley Orgánica 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Por su lado, el capítulo segundo (rubricado “Protección del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad”) gira especialmente, como argumento central, en torno a la problemática del acceso a la justicia a la luz del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que a su vez comporta en gran medida la interiorización de la Convención internacional sobre derechos de las personas

con discapacidad de 2007. De nuevo, como en el capítulo anterior, se analizan con carácter general las especialidades procesales en dicho campo (tanto en materia de arbitraje, tutela judicial y carga probatoria, como en materia de legitimación, poniendo en este caso el punto de mira en la falta de regulación de la tutela de intereses difusos en casos en que la discriminación por razón de discapacidad afecte a un grupo indeterminado o de difícil determinación), para a renglón seguido acometerse la publicidad ilícita por discriminación de personas con discapacidad. En cualquier caso, este capítulo segundo de la primera parte constituye el exponente más claro de la creciente internacionalización de las diversas ramas jurídicas (en lo que atañe a nuestro autor, del Derecho Procesal) y del modo en que la acción protectora propende a la protección de la dignidad de la persona, la cual tiene su último hito fundamental justamente en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2007, que cuenta con el antecedente de otros instrumentos específicos relacionados asimismo con los supuestos de igualdad y no discriminación abordados en el libro (entre ellos, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los derechos del niño o la Convención sobre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias), sin lógicamente olvidar la presencia transversal de dignidad en los tres vectores jurídicos generales de la conocida como “Carta Internacional de Derechos Humanos” (la Declaración Universal de 1948 y los dos Pactos de 1966).

A continuación, el capítulo tercero (con el título “Protección del derecho a la igualdad en supuestos de extranjería, orientación e identidad sexual”) se expone primeramente que, en el ámbito de la protección de las personas extranjeras, pese a la ausencia de normas especiales en materia de legitimación activa en caso de eventual violación masiva del derecho a la igualdad, sí contamos con norma especial sobre la inversión de la carga de la prueba en supuestos discriminatorios por origen racial o étnico, de tal manera que en virtud del art. 36 de la Ley 62/2003, una vez el demandante haya alegado y probado la existencia de indicios de discriminación, será el demandado quien deba probar la ausencia de discriminación y de proporcionalidad de las medidas controvertidas. Acto seguido, a diferencia de los otros cuatro tres supuestos analizados (igualdad de mujeres, personas con discapacidad y personas extranjeras), se pone de manifiesto por el autor la ausencia de una regulación general estatal para los casos de actuaciones discriminatorias por motivos de orientación o identidad sexual, acercándonos a las iniciativas parlamentarias en la materia y, sobre todo, al panorama normativo autonómico, en donde se hallan dos categorías de leyes regionales: de un lado, las que regulan la igualdad y no discriminación por razón de orientación o identidad sexual sin referencia alguna a la actuación judicial y a la legitimación para accionar ante los tribunales (por ejemplo, la Ley 14/2012 en el País Vasco –recientemente modificada mediante Ley 9/2019–, la Ley 2/2014 en Galicia, la Ley 8/2014 en Canarias o la Ley 4/2018 en Aragón) y, de otro lado, las que contienen regulación de alguno de esos aspectos (verbigracia, la Ley 11/2014 en Cataluña, la Ley 12/2015 en Extremadura, las Leyes 2/2016 y 3/2016 en Madrid, la Ley 8/2017 en Navarra, la Ley 8/2017 en Andalucía o la Ley 23/2018 en la Comunidad Valenciana). Por

descontado, la sistematización crítica de ese entramado normativo estatal y autonómico llevada a cabo por el Profesor Cucarella contribuye a evitar que la inflación normativa se convierta en una inaceptable fragmentación de los derechos en juego.

Y se completa la primera parte de la obra con un capítulo cuarto (“Protección del derecho de igualdad ante el Tribunal Constitucional) en el que el autor sigue explotando su línea de investigación para optimizar la jurisprudencia constitucional, en una doble dirección: por una parte, a través del proceso abstracto de control de constitucionalidad como mecanismo indirecto de protección en casos de discriminaciones masivas, con atención especial a la exclusión de personas extranjeras en situación irregular del régimen general de salud pública universal (con crítica concreta a la STC 139/2016); por otra parte, mediante el cauce del proceso de amparo constitucional, desmenuzando las posibilidades de superar el filtro de la “especial trascendencia constitucional” del amparo con objeto de plantear la tutela de actuaciones discriminatorias masivas, sin descartar otras vías procesales para el amparo colectivo ante el TC (entre ellas, la acumulación inicial de pretensiones a la luz de la STC 58/1994 o la acumulación de procesos con objetos conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión en virtud del art. 83 LOTC y de la doctrina sentada en el ATC 107/2012). Lo cierto es que este capítulo da cuenta de modo ostensible del enfoque transversal del autor tendente a poner su investigación jurídica al servicio de la praxis judicial en defensa de los derechos fundamentales.

\* \* \* \* \*

La segunda parte de la obra completa de manera inexorablemente la primera, dedicándose a la “Protección supranacional del derecho a la igualdad: técnicas de tutela colectiva”. Y, al igual que la primera, esta segunda parte se divide en cuatro capítulos. Los tres primeros analizan pormenorizadamente el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como buque insignia del Consejo de Europa en la protección del derecho a la igualdad y no discriminación. A tal efecto, en un recorrido procesal lógico, se examinan sucesivamente: en el capítulo I, las líneas generales del procedimiento y la legitimación para la tutela colectiva, con “casos estrella” o “leading cases” en los que se van desgranando las nociones de víctima directa, víctima potencial o la propia legitimación activa de las ONGs en supuestos de violaciones o actos discriminatorios masivos; y en los capítulos II y III, los criterios jurisprudenciales seguidos por el TEDH en esos procesos por discriminación y los modos normales (incluidas las llamadas sentencias “piloto” y “cuasi piloto” o anormales de terminación del proceso (entre esos modos anormales el Doctor Cucarella detecta los supuestos en los que el interés general por la existencia de conductas discriminatorias ha determinado o no que se dote de virtualidad a actos de terminación anticipada del proceso como la muerte o el desistimiento del demandante).

Estos tres capítulos sobre el TEDH abren líneas de análisis nada desdeñables, puesto que reflexionan sobre el nivel más completo de articulación procesal de la tutela colectiva,

esto es, a través del mecanismo de la demanda individual. De este modo, se ponen por el autor apreciables bases indagatorias susceptibles de ser completadas mediante estudios ulteriores que se acerquen al mecanismo de las demandas interestatales ante el propio TEDH, así como ante el procedimiento por excelencia para reclamaciones colectivas instaurado en el Consejo de Europa ante el Comité Europeo de Derechos Sociales. Sin obviamente descuidar la proyección indirecta de determinados procesos (señaladamente, la cuestión prejudicial) sobre actuaciones discriminatorias de dimensión colectiva sustanciadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con tal filosofía, el autor completa en esta ocasión la parte II con un capítulo IV consagrado a la jurisdicción análoga al TEDH en el sistema interamericano de derechos humanos, esto es, la Corte de San José de Costa Rica. Y lo hace con acierto, no únicamente por mero prurito de diálogo judicial entre ambas Cortes regionales, sino asimismo por la imperiosa necesidad de unas sinergias y un enriquecimiento mutuo en el plano sustancial que van más allá de una mera diplomacia judicial. En este sentido, el autor justifica la atención que merece el sistema interamericano, por cuanto es frecuente que en las sentencias de la Corte Interamericana, a diferencia de lo que sucede con las sentencias del TEDH, se imponga al Estado demandado una serie de medidas generales con las que se pretende lograr la reparación, de tal forma que incluso en asuntos individuales se establecen medidas que implican una tutela indirecta de todas las personas que pudieran resultar afectadas por la violación. Así, en congruencia con la primera parte del libro, Luis Cucarella nos acerca a casos relevantes resueltos por la Corte de San José de Costa Rica referentes a discriminación por motivo de género, de discapacidad, de extranjería y de orientación sexual.

Por añadidura, este capítulo IV viene aderezado por el atinado examen del impacto del control de convencionalidad, más desarrollado en América que en Europa. La justificación de dicho examen es meridiana para el autor, a saber: en virtud de dicho control, lo resultado en relación con un Estado concreto y una violación determinada, tiene una fuerza expansiva y una vincula a todos los jueces y operadores jurídicos del sistema interamericano. Por lo demás, este análisis comparatista ha adquirido tanta más relevancia en España cuanto que, recientemente, nuestro Tribunal Constitucional ha consagrado explícitamente el control difuso de convencionalidad (especialmente en virtud del art. 96 de la Constitución española, mediante la importante STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6º).

\* \* \* \* \*

Llegados a este punto, no resta sino enfatizar o subrayar dos aspectos de la obra reseñada del Profesor Cucarella que, a mi modo de ver, la convierten en texto de referencia y consulta insoslayables.

El primero, en el plano estricto de la excelencia investigadora, reside en ofrecer un material que responde perfectamente a las exigencias actuales de la protección multinivel

de los derechos fundamentales, a cuenta de un riguroso análisis desde el Derecho Procesal que, al tiempo, se hace eco de las modernas tendencias de internacionalización de los estándares constitucionales domésticos y, correlativamente, de constitucionalización de los parámetros internacionales en el terreno de los derechos humanos.

En cuanto al segundo, tiene que ver con el espíritu que imbuye el conjunto del libro, que no es otro que la optimización de la acción protectora frente a situaciones de vulnerabilidad que engarzan con supuestos agravados de discriminación o, en otros términos, la preocupación por hacer valer el principio *favor libertatis o pro personae*, que en el ámbito constitucional pone el acento en la consecución de la “cláusula de progreso” relativa a la igualdad real y efectiva de las personas y de los grupos en que se integran (art. 9.2 de la Constitución española, en conexión con otras disposiciones como el axial art. 14 del propio Texto constitucional) y, en el terreno internacional, conecta con la efectividad o el efecto útil que de buena fe debe proveerse al principio *pacta sunt servanda* en congruencia con las obligaciones de promover y garantizar de modo amplio, integral y no discriminatorio el respeto de la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes.