Contratación y diferencia

Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público

Ariadna Aguilera Rull

TESI DOCTORAL UPF / 2010

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. Pablo Salvador Coderch (Departament de Dret)

UNIVERSITAT POMPEU FABRA

Agradecimientos

Antes que nada debo dar las gracias a mi director, el Dr. Pablo Salvador Coderch, que ha sido el lector más atento de mi trabajo y un interlocutor crítico pero respetuoso de la diferencia. Las doctoras Julia López López, Elena Larrauri Pijoan y Chelo Chacartegui Jávega son un modelo para mí. Les agradezco de corazón la ayuda que me han prestado y la confianza que han depositado en mí. He contado también con el respaldo de los doctores Joan Egea Fernández y Fernando Gómez Pomar.

El Área de derecho civil es un lugar de trabajo privilegiado por los miembros que la componen. Una siempre puede contar con Marian. Laura, Carlos Alberto y, en especial, Rosa e Ignacio han sido durante estos años mis compañeros infatigables de penas y alegrías. Gracias por vuestro apoyo.

Anna, Carli, Christoph y Michael saben quién soy y me lo han recordado cuando corría el peligro de olvidarlo. És una sort tenir uns tiets com la Montse i el Jaume.

No hubiera iniciado este proyecto si no fuera por mi padre, i sense el teu amor incondicional, mama, no l'hagués dut a terme.

Alfredo, mi amor de siempre y todavía, ha sido el pilar que me ha sostenido todo este tiempo. Gracias por haberme reconstruido tantas veces y con esa paciencia.

Resumen

Este trabajo estudia las prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público contenidas en la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, y en la Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000. La tesis se pregunta por la compatibilidad de dichas prohibiciones con el principio de autonomía privada y la libertad de contratación, concreta el concepto de discriminación directa e indirecta, el ámbito de aplicación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE y las consecuencias jurídicas que debe tener una conducta discriminatoria. Por último, el trabajo analiza, comparándolas entre ellas, la Ley general de igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) de 29 de junio de 2006 y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Abstract

This dissertation studies the prohibitions of discrimination based on sex and ethnic origin in the access to and supply of goods and services contained in the Council Directive 2004/113/EC, of 13 December 2004, and the Council Directive 2000/43/EC, of 29 June 2000. The thesis explores the compatibility of these prohibitions with the freedom of contract and specifies the concept of direct and indirect discrimination, the scope of the Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC, and the remedies available to the victims of discrimination. Finally the dissertation analyzes and compares the German Act on Equal Treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), of 29 June 2006, and the Spanish Act on Equal Treatment between Women and Men (*Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*), of 22 March 2007.

ÍNDICE

A. Abreviaturas XIX
B. Introducción 1
C. Capítulo Primero: la prohibición de discriminación y el principio de autonomía privada 3
I. La relación entre el derecho a no ser discriminado por razón de sexo y origen étnico y el principio de autonomía privada 3
1. La importancia de la discusión en torno a la prohibición de discriminación y la autonomía privada en los ordenamientos nacionales 4
a) La cuestión de la constitucionalidad de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE 6
b) El control de constitucionalidad de las leyes nacionales de transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE 13
c) La interpretación de las leyes de transposición alemana y española de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE 17
d) La valoración crítica del derecho vigente 20
II. El marco teórico y constitucional de la protección frente a las discriminaciones acaecidas entre particulares 22
1. HANS NIPPERDEY y la concepción de los derechos fundamentales como principios 22
a) El derecho a no ser discriminado como un derecho fundamental de aplicación inmediata entre particulares 24
b) Recepción en el ordenamiento jurídico español de la teoría de la eficacia inmediata 26
c) La contribución de la teoría de la eficacia inmediata a la conquista del derecho a no ser discriminado 28
d) Las objeciones a la teoría de la eficacia inmediata: paternalismo y democracia 29
2. GÜNTHER DÜRIG y el derecho a no ser discriminado como un derecho fundamental de aplicación mediata entre particulares 32

a) Recepción en el ordenamiento jurídico español de la teoría de la eficacia mediata 33
b) Valoración de la teoría de la eficacia mediata 33
3. CLAUS-WILHELM CANARIS y la doble naturaleza de los derechos fundamentales como prohibiciones de injerencia y mandatos de protección 35
a) La recepción por el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) de la teoría de CLAUS-WILHELM CANARIS: ni desprotección, ni proteccionismo 37
b) La recepción en el ordenamiento español de la teoría de la doble naturaleza de los derechos fundamentales 41
4. UWE DIEDERICHSEN y la crítica a CLAUS-WILHELM CANARIS. ¿Una vuelta al origen o un intento infructuoso? 45
a) Diferencias entre la teoría de la eficacia inmediata y la teoría de la doble naturaleza de los derechos fundamentales 47
b) Los poderes públicos también como entes protectores de los ciudadanos 49
c) La protección estatal no sólo como redistribución de recursos sino como garantía de bienes jurídicos 52
d) El fracaso de la crítica a la teoría de la doble naturaleza de los mandatos de protección 54
5. La discusión sobre la naturaleza de mandato de protección de la prohibición de discriminación 55
a) JÖRG NEUNER y la categorización de las conductas discriminatorias en injerencias y "negativas a prestar" 56
b) La crítica a la dualidad estado liberal, estado social 58
c) La prohibición de discriminación como mandato de protección 59
6. La prohibición de discriminación como principio rector 63
a) El miedo a la equiparación y al final de la individualidad 64

b) La prohibición de discriminación como protección de la diferencia frente a la exclusión: es diferente integrar que incluir 65
III. El límite a la aplicación de la prohibición de discriminación: la autonomía privada y, en especial, la libertad de contratación del sujeto que pretende discriminar 67
1. El principio de autonomía privada: de la discrecionalidad a la participación en la formulación de las normas 68
2. La materialización de la libertad de contratación como garantía de la autodeterminación de todas las partes contractuales 74
a) Los desequilibrios negociales y la libertad de contratación 77
b) La obligación de contratación y la libertad de contratación 80
3. La libertad de contratación real y la prohibición de discriminación 83
a) La protección frente a desequilibrios negociales y la prohibición de discriminación 84
b) La doctrina de la obligación de contratación y la prohibición de discriminación 86
c) La limitación de la libertad de contratación en beneficio del derecho a no ser discriminado conforme al principio de proporcionalidad 88
IV. La protección frente a conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios en el ordenamiento jurídico alemán 90
V. La protección frente a conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios en el ordenamiento jurídico español 93
1. Opiniones doctrinales sobre la protección frente a conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios 93
2. La prohibición del tratamiento discriminatorio de consumidores: el artículo 16.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal 99
3. La protección otorgada por el artículo 512 del Código Penal español 102

D. Capítulo Segundo: la protección de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE frente a conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios 105
I. Evolución del derecho de antidiscriminación en la Unión Europea 105
1. La aprobación de las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE 107
2. La aprobación de la Directiva 2004/113/CE 109
II. Diferenciación y discriminación 110
1. JOHN J. DONOHUE y las teorías de la diferenciación o *theories of discrimination* 111
a) Animus-based discrimination 111
b) Catering others aversion 112
c) Cartel-model discrimination 113
d) Statistical discrimination 113
2. Importancia de las teorías de la diferenciación para la regulación legal de la discriminación 114
a) *Animus-based discrimination* y necesidad de prohibir esta forma de discriminación 115
b) ¿Puede la diferenciación estadística ser considerada una conducta discriminatoria? 117
III. El concepto de discriminación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE 119
1. El concepto de discriminación directa 119
a) Primer elemento del supuesto de hecho: la diferencia de trato 121
aa) La discriminación estadística y el *risk rating* en la contratación de los distintos tipos de seguros 122
(1) El *risk rating* en las distintas modalidades de seguros de vida 124
(2) El *risk rating* en los seguros de asistencia médica 125
(3) El *risk rating* en el seguro obligatorio de responsabilidad civil del automóvil 127
bb) *Risk rating*: ¿diferenciación justificada o discriminación? 129
(1) Primera hipótesis: el *risk rating* como diferenciación justificada 129
(2) Segunda hipótesis y conclusión: el *risk rating* como discriminación 131

cc) Análisis crítico de los argumentos aportados a favor del *risk rating* 134
(1) La teoría general del seguro y su funcionamiento 134
(1.1) El fenómeno del riesgo moral 137
(1.2) El fenómeno de la selección adversa 137
(1.3) ¿Produce la prohibición de establecer diferencias de primas en función del sexo realmente el efecto de la selección adversa? 138
(2) La prohibición del *risk rating* y el impedimento de comportamientos económicamente razonables 141
(3) El derecho a la intimidad y la utilización de indicadores de riesgo alternativos al sexo. 142
(4) El problema de la variabilidad de ciertos indicadores de riesgo 143
(5) El problema de la ocultación de información relevante por parte del asegurado 144
(6) El aumento de la tarificación asociada a la prohibición de utilización del sexo como factor de cálculo 145
dd) La regulación del *risk rating* en la Directiva 2004/113/CE 152
ee) Argumentos en contra de las diferencias de primas en base al sexo en los seguros de vida 153
ff) Argumentos en contra de las diferencias de primas en base al sexo en los seguros de asistencia médica 159
gg) Valoración de la prohibición de imposición de los costes derivados del embarazo y la maternidad a las mujeres 163
b) Segundo elemento del supuesto de hecho: la justificación de la diferencia de trato 164
2. El concepto de discriminación indirecta 169
a) Primer elemento del supuesto de hecho: la medida aparentemente neutra 170
aa) El criterio del trabajo a tiempo parcial 170

bb) Criterios aparentemente neutros susceptibles de ser considerados discriminatorios 172
(1) El criterio de la antigüedad: el asunto *Cadman c. Health & Safety Executive* 173
(2) La exigencia de una determinada cualificación: el asunto *Griggs v. Duke Power Co.* 174
(3) La exigencia de un peso y altura mínimos: el asunto *Dothard v. Rawlinson* 175
(4) Exámenes de acceso: el asunto *Ricci v. Destefano* 176
(5) Criterios aparentemente neutros adoptados en el acceso a bienes y servicios 177
b) Segundo elemento del supuesto de hecho: la diferencia de impacto 180
aa) ¿Necesidad de la prueba estadística de la diferencia de impacto? 180
bb) La diferencia de impacto: efectos directos e indirectos 182
c) Tercer elemento del supuesto de hecho: la justificación objetiva de la medida 183
aa) La discriminación indirecta y su justificación en el derecho norteamericano 184
(1) La justificación objetiva: la medida se refiere al puesto de trabajo (*job related*) y no existe una alternativa menos discriminatoria (*less-discriminatory alternative*) 184
(2) El análisis de la justificación de la medida: el asunto *Ricci v. Destefano* 185
(2.1) El análisis del puesto de trabajo 186
(2.2) El análisis del test de selección 187
(2.3) La ausencia de alternativas al test de selección 188
(3) Valoración del análisis de la justificación objetiva llevado a cabo en el ordenamiento norteamericano 188
bb) La justificación objetiva de la medida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia 189

(1) De la discriminación indirecta como encubierta a la discriminación indirecta como „*disparate impact*“ 189
(1.1) La discriminación indirecta como discriminación directa encubierta: el asunto *Jenkins c. Kingsgate*: 189
(1.2) La discriminación indirecta como „disparate impact“: el asunto *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & co KG* 190
(2) La justificación de la medida con impacto dispar: Estándares distintos de escrutinio 191
(2.1) La justificación de políticas sociales con impacto dispar 192
(2.2) La justificación de decisiones empresariales con impacto dispar 194
(3) Valoración de la justificación objetiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia 197
d) La naturaleza híbrida de la discriminación indirecta 199
aa) La discriminación indirecta y la incorporación de elementos materiales 200
bb) La discriminación indirecta y el ideal de “justicia participativa” 201
(1) La discriminación indirecta y el ideal de justicia correctiva 202
(2) La discriminación indirecta y el ideal de justicia redistributiva 203
(3) La discriminación indirecta y el ideal de “justicia participativa” 204
cc) La discriminación indirecta y la adopción del punto de vista colectivo 205
(1) Cuestionar la objetividad de los requisitos para acceder a ciertos lugares evitando la asimilación 205
(2) Reconocimiento de la pertenencia a un colectivo evitando la perpetuación en él 206
dd) La discriminación indirecta, ¿una forma de discriminación positiva? 208
(1) Similitudes entre la discriminación indirecta y la discriminación positiva 208

(2) Diferencias entre la discriminación indirecta y la discriminación positiva 209
IV. La prueba de la discriminación 211
1. La dificultad de la prueba de la discriminación 211
2. La respuesta a la dificultad probatoria: La discriminación indirecta y la inversión de la carga de la prueba 212
a) La discriminación indirecta como facilidad probatoria 212
b) La inversión de la carga de la prueba 215
aa) La prueba de la apariencia de discriminación por parte del demandante 216
(1) La prueba de la discriminación directa 217
(2) La prueba de la discriminación indirecta 219
(2.1) Prueba estadística: descripción del procedimiento 219
(2.2) ¿Es extrapolable esta forma de prueba a la discriminación en el acceso a bienes y servicios? 221
bb) La inversión de la carga de la prueba y la defensa por parte del demandado 223
V. El ámbito de aplicación objetivo de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE 224
1. Introducción al ámbito de aplicación objetivo de las Directiva 2000/43/CE y 2004/113/CE 224
a) Irrelevancia de la naturaleza pública o privada del oferente 225
b) Irrelevancia de un posible desequilibrio negocial entre el oferente y el adquirente 225
c) Importancia del ámbito de actuación: el espacio público por contraposición al espacio puramente privado 226
2. Acceso a establecimientos abiertos al público 228
a) Discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público 228
b) Valoración de la prohibición de discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público 229
3. Acceso a la vivienda 232
a) Discriminación en el acceso a la vivienda 232

aa) Discriminación por origen étnico en el acceso a la vivienda 232
(1) Datos de discriminación por origen étnico en el acceso a la vivienda en los Estados Unidos 232
(2) Datos de discriminación por origen étnico en el acceso a la vivienda en los Estados de la Unión Europea 233
(3) Datos de discriminación por origen étnico en el acceso a la vivienda en España 234
bb) Discriminación por sexo en el acceso a la vivienda 234
b) Valoración de la prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda 235
4. Discriminación en la contratación de seguros 238
5. Contratación bancaria y el acceso al crédito 240
a) Discriminaciones por razón de sexo en el acceso al crédito 240
b) Discriminación por origen étnico en el acceso al crédito 242
aa) Políticas discrecionales de fijación de precios 242
bb) Credit Scoring 243
c) Valoración de la prohibición de discriminación en la contratación bancaria 245
VI. Las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria en las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE 247
1. La regulación europea de las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria 247
a) La parca regulación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE 247
b) Las consecuencias jurídicas de la infracción de la prohibición de discriminación: ¿Sanción o remedio? 249
c) El principio de equivalencia 250
d) La responsabilidad civil y la imputación objetiva de ésta 251
e) La compensación de la víctima mediante la indemnización de los daños sufridos 253

aa) Tres intentos de transposición del derecho alemán a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 254
(1) La ley laboral de adaptación a la Comunidad Europea (*Arbeitsrechtlicher EG-Anpassungsgesetz)* de 13 de agosto de 1980: la compensación del daño a la confianza 254
(2) El asunto *Colson/Kamman c. Land Nordrhein-Westfalen* de 10 de abril de 1984: incompatibilidad del § 611 a II *BGB a. F*. con el derecho comunitario 255
(3) La sentencia del Tribunal Federal de Trabajo *(Bundesarbeitsgericht)* de 14 de marzo de 1989: un mes de salario en concepto de daños morales 256
(4) La ley de igualdad de derechos alemana (*Gleichberechtigungsgesetz*) de 24 de junio de 1994: la previsión legal de un límite indemnizatorio 258
(5) El asunto *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* de 22 de abril de 1997: los límites indemnizatorios son conformes con el derecho comunitario si la indemnización cumple la función resarcitoria 259
(6) La ley para la modificación del *BGB* y de la Ley de los Tribunales de Trabajo (*Gesetz zur Änderung des BGB und des Arbeitsgerichtsgesetz)* de 29 de junio de 1998 260
bb) Las Directiva 2002/73 de 23 de septiembre de 2002 y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006: consagración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia 261
cc) La Directiva 2000/43/CE, la Directiva 2004/113/CE y Directiva 2006/54/CE: disparidad de criterios en lo que se refiere a los límites indemnizatorios 263
dd) La discusión sobre la naturaleza de la indemnización exigida por el Tribunal de Justicia en la doctrina alemana 264

(1) El carácter sancionador de la indemnización del § 611 a II del Código civil alemán (*BGB*) 265
(2) GERHARD WAGNER: la concepción del Tribunal de Justicia: prevención mediante compensación del daño 267
ee) Exigencia por parte del derecho europeo de la imposición de una indemnización que cumpla la función resarcitoria y preventiva 269
(1) Las afirmaciones expresas del Tribunal de Justicia en sus pronunciamientos 269
(2) ¿Daños punitivos en casos de una causación no culpable del daño? 270
(3) No es lo mismo castigar que prevenir 272
ff) Resumen de las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el derecho comunitario en materia de consecuencias jurídicas 274
2. Propuesta de remedios efectivos, proporcionados y disuasorios atendiendo a las circunstancias individuales del caso 275
a) Los remedios a elegir atendiendo a los motivos del discriminador 276
aa) Remedios ante conductas discriminatorias basadas en la aversión del discriminador 277
bb) Remedios ante supuestos de discriminación estratégica 279
b) Los remedios a elegir atendiendo a los bienes jurídicos lesionados 281
aa) La discriminación vejatoria o atentatoria contra el honor de la víctima 282
(1) Indemnización por el daño moral sufrido 286
(2) La disculpa a la víctima 288
bb) Las negativas a contratar limitativas de la libertad de contratación positiva de la víctima y la obligación de vender o prestar 290
E. Capítulo Tercero: las transposiciones alemana y española de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE 293
I. Introducción a las transposiciones alemana y española de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE 293

1. Introducción a la transposición alemana: La Ley general de igualdad de trato *(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)* 293
2. Introducción a la transposición española: la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de 2003 y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de 2007 294
II. El concepto de discriminación en la Ley general de igualdad de trato (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), en la Ley 62/2003 y en la Ley Orgánica 3/2007 296
1. Introducción al concepto de discriminación en la Ley general de igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) en la Ley 62/2003 y en la Ley Orgánica 3/2007 296
2. Las disposiciones aplicables de la Ley general de igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) de la Ley 62/2003 y de la Ley Orgánica 3/2007 297
3. El concepto de discriminación directa de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*), de la Ley 62/2003 y de la Ley Orgánica 3/2007 299
a) Primer elemento del supuesto de hecho: el trato menos favorable del que es objeto la víctima de discriminación 299
aa) El riesgo de ser objeto de un trato menos favorable no es suficiente 299
bb) El trato menos favorable en procesos de selección 300
(1) Especial mención a las ofertas discriminatorias 302
b) Segundo elemento del supuesto de hecho: la situación comparable 305
aa) Grado de coincidencia entre las situaciones a comparar 305
bb) Ausencia de término de comparación 306
cc) La figura de la discriminación por asociación 307
dd) No exigencia de un ánimo discriminatorio 309
4. El concepto de discriminación indirecta de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*), de la Ley 62/2003 y de la Ley Orgánica 3/2007 310

a) Primer elemento del supuesto de hecho: la diferencia de impacto de una medida aparentemente neutra 310
b) Segundo elemento del supuesto de hecho: la justificación objetiva de la medida a pesar de su diferencia de impacto 313
aa) La justificación de una medida con impacto adverso en la jurisprudencia española 314
(1) ¿"*Job related*" y "*business necessity*" como en la jurisprudencia norteamericana? 314
(2) La necesidad de poner freno a la intransparencia en la toma de decisiones 315
(3) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto 316
bb) La justificación de una medida con impacto adverso en la jurisprudencia alemana 317
(1) La sentencia del Tribunal Laboral Federal *(BAG)* de 26 de enero de 2005 318
(2) La sentencia del Tribunal Laboral Federal *(BAG)* de 15 de febrero de 2005 318
(3) La sentencia del Tribunal Laboral Federal *(BAG)* de 18 de octubre de 2005 319
III. La prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios en la Ley general de igualdad de trato (AGG), en la Ley 62/2003 y en la Ley Orgánica 3/2007 321
1. Introducción a la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios en la Ley general de igualdad de trato (*AGG*), en la Ley 62/2003 y en la Ley Orgánica 3/2007 321
2. La prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios en la Ley general de igualdad de trato *(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)* 322
a) Las disposiciones aplicables de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) a la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios 322
b) La configuración de dos ámbitos de aplicación distintos en función de la característica objeto de exclusión 324

c) La prohibición de discriminación por razón de sexo, religión, discapacidad, edad y orientación sexual 326
aa) Los contratos celebrados con independencia de la persona de que se trate 327
bb) Contratos en los que la persona del contratante tiene una importancia secundaria 331
cc) La contratación de seguros 332
dd) Valoración del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, religión, discapacidad, edad u orientación sexual 333
(1) La incongruencia de la exclusión de los contratos de crédito 333
(2) Exclusión de los oferentes particulares 334
d) La prohibición de discriminación por razón del origen racial o étnico 337
aa) Aplicación de la prohibición de discriminación por origen racial o étnico a toda oferta pública 337
bb) Valoración del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por razón del origen racial o étnico 339
(1) Vinculación de los oferentes particulares 339
e) Relaciones excluidas del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación 342
aa) Relaciones obligacionales de derecho de familia o sucesorio 342
bb) Relaciones de especial proximidad o confianza 342
cc) Presunción de exclusión de los arrendamientos en los que el arrendador oferta menos de cincuenta viviendas 345
f) La justificación de la diferencia de trato en la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) 348
aa) La justificación de las diferencias de trato basadas en el sexo 349
bb) La justificación de las diferencias de trato basadas en la religión, edad, discapacidad y orientación sexual 351

cc) La justificación de las diferencias de trato basadas en el origen étnico o racial: La creación de estructuras estables de urbanización 353
3. La prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios en el ordenamiento jurídico español 357
a) Las disposiciones aplicables de la Ley Orgánica 3/2007, del Real Decreto 1361/2007 y de la Ley 62/2003 357
b) La prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios en la jurisprudencia española 359
aa) Discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público 359
bb) Discriminación en el acceso a un gimnasio 361
cc) Discriminación en el acceso a servicios de transporte aéreo 362
dd) Discriminación en el acceso a seguros 363
c) Concreción del ámbito de aplicación objetivo de la Ley Orgánica 3/2007 y la Ley 62/2003 364
d) La justificación de la diferencia de trato en la Ley Orgánica 3/2007 366
IV. Las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria en el acceso a bienes y servicios en la Ley general de igualdad de trato (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) y en el ordenamiento jurídico español 368
1. Las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria en la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) 368
a) Las disposiciones aplicables de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) 368
b) La acción de cesación en la conducta discriminatoria 369
aa) La obligación de vender o prestar: posible incompatibilidad con la libertad de contratación 370
(1) La adecuación de la obligación de vender o prestar 373
(2) La necesidad de la obligación de vender o prestar 374

(3) La proporcionalidad en sentido estricto de la obligación de vender o prestar 376
bb) Requisitos para la imposición de una obligación de vender o prestar 381
c) La acción de indemnización de los daños y perjuicios sufridos 382
aa) El régimen de responsabilidad aplicable a la compensación de los daños en la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) 382
(1) El régimen de responsabilidad aplicable a los daños patrimoniales 383
(2) El régimen de responsabilidad aplicable a los daños morales 384
bb) La cuantificación de los daños patrimoniales 385
(1) Aplicación de la teoría de la diferencia a efectos de cuantificar los daños patrimoniales 385
(2) Determinación de los daños patrimoniales sufridos en los casos de discriminación precontractual 386
(2.1) La solución tradicional: todo o nada (*All-or-nothing Approach*) 386
(2.2) El problema de la causalidad incierta: la pérdida de oportunidad 387
cc) Daños morales: ausencia de límite indemnizatorio 389
d) La prohibición de invocar un acuerdo discriminatorio 390
2. Las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria en el ordenamiento jurídico español 391
a) Las disposiciones aplicables del ordenamiento jurídico español 391
aa) Las acciones previstas en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal 391
bb) Las sanciones penales y administrativas aplicables a las discriminaciones por razón de origen étnico y sexo 391
cc) Ausencia de consecuencias jurídicas en la Ley 62/2003 394

dd) Las disposiciones de la Ley Orgánica 3/2007 aplicables a las discriminaciones por razón de sexo 395
(1) El artículo 10 de la Ley Orgánica 3/2007 395
(2) El artículo 72 de la Ley Orgánica 3/2007 395
b) La nulidad de los actos o cláusulas de los negocios jurídicos discriminatorios 396
aa) La nulidad de las cláusulas contractuales discriminatorias 400
bb) La nulidad de la negativa a contratar: posibilidades de imponer una obligación de vender o prestar 402
(1) La imposición de una obligación de contratación en la jurisprudencia laboral 403
(2) La imposición de una obligación de prestar o vender en el acceso a bienes y servicios 406
c) Las sanciones penales y administrativas previstas 408
aa) El artículo 512 del Código Penal 408
(1) Aspectos positivos del artículo 512 del Código Penal 408
(2) Aspectos problemáticos del artículo 512 del Código Penal 409
bb) Las sanciones administrativas del Real Decreto Legislativo 1/2007 410
d) La acción de indemnización de los daños y perjuicios sufridos 411
aa) El régimen de responsabilidad aplicable a la compensación de los daños 411
bb) La compensación de los daños patrimoniales: daño emergente y lucro cesante 412
cc) Determinación de los daños patrimoniales en función del bien o servicio en juego 413
(1) Discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público 413
(2) Discriminación en el acceso al transporte 413
(3) Discriminación en el acceso a un gimnasio 413
(4) Discriminación en el acceso a seguros 414
(5) Discriminación en el acceso al crédito 414

(6) Discriminación en el acceso a la vivienda 414
(6.1) El tratamiento jurisprudencial del problema de la causalidad incierta en sede discriminatoria: todo o nada (*All-or-nothing Approach*) 415
(6.2) Consecuencias del tratamiento jurisprudencial de la incerteza causal para la discriminación en el acceso a la vivienda 418
dd) La compensación de otros daños discriminatorios 419
(1) La jurisprudencia española en materia de daños morales en casos de discriminación 420
(1.1) Supuestos de hecho comparables e indemnizaciones divergentes 420
(1.2) Supuestos de hecho divergentes e indemnizaciones idénticas 421
(1.3) Indemnizaciones meramente simbólicas 422
(2) Conclusiones sobre el montante de los daños morales 422
ee) El art. 72.2: La asimilación de las primas a las del sexo más beneficiado 423
ff) La acción de cesación en la conducta discriminatoria 424
F. Conclusiones 428
G. Bibliografía 440
H. Tabla de sentencias citadas 463

A. ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADC	Anuario de Derecho Civil
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Audiencia Provincial
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CP	Código Penal
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift
DZW	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GG	Grundgesetz
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht

RAP	Revista de Administración Pública
RDA	Recht der Arbeit
RDP	Revista de Derecho Político
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtlichen Studien
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

B. INTRODUCCIÓN

La idea de elaborar este trabajo surge de la aprobación por el legislador alemán y español de las leyes de transposición de la Directiva del Consejo 2000/43/CE de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y de la Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. El texto, dedicado al estudio de las prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en al acceso a bienes y servicios, persigue objetivos de dos tipos. En un primer momento, este trabajo pretende tres cosas:

Primero, determinar la forma de protección otorgada por el ordenamiento alemán y español frente a conductas discriminatorias de particulares, antes de la aprobación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, sacando a la luz sus puntos débiles.

Segundo, establecer, concretar y valorar la regulación que las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE llevan a cabo de las discriminaciones motivadas por el sexo u origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público.

Tercero, analizar críticamente, comparándolas entre ellas y con las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, la Ley general de igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) de 29 de junio de 2006, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Asimismo, posicionarse sobre la aplicación jurisprudencial y la interpretación doctrinal que de dichas leyes se está haciendo en ambos ordenamientos.

En un segundo momento, este texto propone una determinada concepción de la tutela frente a la

discriminación, centrada en reforzar la participación e inclusión de los miembros de colectivos históricamente excluidos. Dicha concepción sirve de punto de partida para valorar la corrección de determinadas decisiones legislativas y para hacer propuestas interpretativas propias en aquellos puntos en que la regulación es abierta y deja margen.

El trabajo se estructura en tres capítulos, que se corresponden con los tres primeros objetivos, que he señalado. La propuesta de concepción del derecho antidiscriminatorio, toma forma durante el estudio de los textos doctrinales alemanes sobre la sujeción de los particulares a la prohibición de discriminación y se va perfilando y concretando a lo largo de todo el trabajo.

En la elaboración de este texto han jugado un papel central el derecho alemán y el derecho norteamericano. El estudio del derecho alemán tiene también interés para un jurista español porque la discusión sobre la relación entre la prohibición de discriminación y el principio de autonomía privada está protagonizada esencialmente por autores alemanes y por el esfuerzo realizado por el legislador alemán para concretar el alcance de las prohibiciones de discriminación. El derecho norteamericano es pionero garantizando protección frente a conductas excluyentes. En ese ordenamiento tienen su origen la figura de la discriminación indirecta y la vinculación al principio de no discriminación de todo oferente de bienes o servicios que actúe en un espacio público, con lo que existen pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, que ayudan a concretar y valorar la regulación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE. En Estados Unidos se han realizado además numerosos estudios empíricos, que ponen de relieve la existencia de conductas discriminatorias en el sector de la vivienda, de la contratación bancaria o de seguros.

C. Capítulo Primero: la prohibición de discriminación y el principio de autonomía privada

I. La relación entre el derecho a no ser discriminado por razón de sexo y origen étnico y el principio de autonomía privada

Uno de los temas centrales de este trabajo es la relación entre el derecho a no ser discriminado por razón de sexo u origen étnico y el principio de autonomía privada. Dicha relación aparece en distintos puntos y se enfoca desde distintas perspectivas.

Desde un inicio se plantea la búsqueda del equilibrio entre ambos derechos, que en muchas ocasiones colisionan. Sin embargo, poco a poco, la relación se matiza, no se trata siempre de principios que garantizan cosas opuestas, a veces la consecución de uno requiere de la garantía del otro. La idea del estado social y la materialización del derecho privado asumen que no es posible ser autónomo si se es objeto de exclusión generalizada. Ambos derechos parecen solaparse entonces. Aparece la idea de que el ordenamiento jurídico podría otorgar suficiente protección frente a la discriminación limitándose a compensar la falta de autonomía.

Esta línea la motiva el temor al proteccionismo estatal: Los poderes públicos en el intento de proteger a unos particulares frente a otros, podrían caer en el error de convertirles en sujetos dependientes, privándoles de la posibilidad de ser libres y responsables de sus actos. Tal vez una posibilidad de evitar el proteccionismo sería volver al origen, a la idea de los derechos fundamentales como prohibiciones de injerencia dirigidas a los poderes públicos en las esferas de libertad de los ciudadanos. Eso supondría una renuncia a poner freno a las desigualdades de hecho.

La solución pasa por volver al origen, pero de otra forma. La discusión sobre la relación entre libertad e igualdad comenzó como una discusión sobre la *Drittwirkung*, sobre la relación entre los poderes públicos y los ciudadanos, sobre la relación

entre el derecho privado y los derechos fundamentales. Sin embargo, en el transcurso del debate se desmembra en dos temas que aparentemente podrían resolverse por separado: por un lado la relación del Estado con los ciudadanos y por el otro las relaciones de los ciudadanos entre sí.

En este trabajo defiendo que una concepción del derecho a no ser discriminado que no prive de autonomía a la víctima de la discriminación pasa necesariamente por la garantía de su participación activa en la definición de esa autonomía. Y la posibilidad de esa participación está dependiendo de la inclusión del otro en la comunidad, que sólo pueden hacer posible los miembros de ésta. Lo privado y lo público no pueden separarse sin renunciar a proteger lo que los constituye.

Por eso he dedicado la primera parte de mi trabajo a volver al inicio, retomando aquellos aspectos de la discusión doctrinal sobre la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, que me parecían importantes para la articulación de la relación entre los particulares entre sí y entre éstos y los poderes públicos.

El tratamiento que he dado a los distintos autores y a las teorías que éstos han elaborado no pretende ser sistemático sino que está planteado como un recorrido, que me permitía reflexionar sobre las cuestiones más relevantes que suscita el fenómeno de la discriminación y sobre cómo éstas se han resuelto en los sistemas constitucionales alemán y español.

1. La importancia de la discusión en torno a la prohibición de discriminación y la autonomía privada en los ordenamientos nacionales

La aprobación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y de la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes

y servicios y su suministro y de sus correspondientes Leyes de transposición en España y Alemania parece haber aclarado la cuestión de la aplicación de la prohibición de discriminación a las relaciones entre particulares.

También ha reabierto, sin embargo, la discusión. La prohibición de discriminación por razón de sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios se aplicará a los particulares con el alcance que dichas leyes determinen. No será ya necesario acudir ni a los textos constitucionales nacionales, ni a aquellas construcciones teóricas que buscando subsanar lo que consideraban un vacío legal —puesto que en principio los derechos fundamentales perseguían la protección de los ciudadanos tan sólo frente a los poderes públicos— trataban de garantizar la vigencia de ciertos derechos fundamentales entre los particulares.

Si los legisladores español y alemán han dictado leyes en que regulan la cuestión, ¿tiene sentido todavía, dedicar atención a la discusión en torno a la *Drittwirkung*? Al utilizar el término acuñado por la doctrina alemana no me refiero únicamente a su sentido literal, sino que hago referencia a los pronunciamientos judiciales y aportaciones doctrinales que impulsaron la discusión sobre el grado y la forma de vinculación de los ciudadanos a los principios de igualdad y autonomía consagrados en los textos constitucionales nacionales.

Podría parecer que la alusión a la *Drittwirkung* —incluso entendida en este sentido más amplio— se ha convertido en algo con un interés puramente histórico. Sobre todo, teniendo en cuenta que en tanto que ha sido el legislador europeo el que ha regulado sobre la materia y ha motivado la aprobación de las nuevas leyes aplicables, las Constituciones nacionales han quedado relegadas, como mucho, a un segundo plano.

Sin embargo, como trataré de mostrar a continuación, la relación que se establece entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales, hace necesario comparar el grado de protección frente a la discriminación otorgado por uno y otro, a efectos de garantizar la correcta integración de

las disposiciones de origen europeo en el sistema constitucional.

Además, otorgarle un lugar a la pregunta por la forma y el contenido de la vinculación de los principios de libertad e igualdad, permite entender el origen de las leyes aplicables actualmente, cuestionarse su legitimidad y pensar sobre la dirección en que esta materia debería evolucionar.

Haré una alusión más concreta y diferenciada a las distintas razones que me han llevado a la inclusión de la *Drittwirkung,* como parte de mi trabajo.

a) La cuestión de la constitucionalidad de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

La primera razón que motiva que en este trabajo se haga alusión a los sistemas nacionales de derechos fundamentales es la posibilidad planteada por algunos autores[1] de que las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE sean incompatibles con la Constitución y el sistema de derechos fundamentales nacional.

[1] También KEHLEN (2003), *Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht*, pp. 239-243, que analiza en detalle si el Art.13 del Tratado de Ámsterdam podría atentar contra el Art. 23 de la Norma Fundamental alemana en que se establecen los límites a la integración europea. El atentado se podría producir si la prohibición de discriminación por motivos religiosos cuestionara el contenido esencial de la libertad religiosa y de culto consagradas en el art. 4 de la Norma Fundamental (*GG*). HILLGRUBER (2004), *VVDStRL,* p. 424, que intervino en la discusión con las siguientes palabras: *"Das Europarecht missachtet hier das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip, verschiebt die Rechtfertigungslast: Nicht die freiheitsbeschränkende Auferlegung von Diskriminierungsverboten erscheint rechtfertigungsbedürftig, sondern umgekehrt die als angebliche Diskriminierung gebrandmarkte Freiheitsausübung. Führt dies aber nicht dazu, dass von einem im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 GG keine Rede mehr sein kann? Dazu könnte sich in aller Schärfe die Frage stellen, ob hier nicht die Grenzen der verfassungsrechtlichen Integrationsfähigkeit auf Seiten der Bundesrepublik Deutschland erreicht sind."*

CHRISTIAN HILLGRUBER ha apuntado que las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, al exigir a los particulares la justificación de ciertos ejercicios de libertad por considerarlos discriminatorios, estarían invirtiendo el sistema constitucional que requiere justificar la intervención del legislador en la esfera de libertad de los particulares, que supone la imposición de una prohibición de discriminación.

El derecho comunitario estaría traspasando con ello los límites fijados por los sistemas nacionales a su integración en la Unión Europea. Llevada hasta sus últimas consecuencias esta crítica podría suponer la no aplicación de unas Leyes de transposición que tienen su origen en Directivas dictadas en contravención con los principios básicos que regulan las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho nacional.

Pero comprender la crítica de CHRISTIAN HILLGRUBER y discernir si la intuición expresada por él lleva a la inconstitucionalidad de las Directivas o queda en una advertencia, exige hacer una breve mención a las posibilidades que los Estados miembros de la Unión Europea tienen, apelando a sus Constituciones, de impedir su vinculación a ciertas normas de derecho comunitario.

Existen sobre las relaciones entre el derecho comunitario y el nacional, en especial los textos constitucionales, posiciones encontradas.

La postura del Tribunal de Justicia[2] al respeto es clara: La integridad del derecho comunitario requiere que éste nunca deba ceder ante una norma nacional, sea del rango que sea. Definir las relaciones del derecho comunitario y del nacional en términos de superioridad jerárquica del primero sobre el segundo, como hace el Tribunal de Justicia, supondría la imposibilidad de dejar de aplicar las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE por considerarlas inconstitucionales.

Los Tribunales constitucionales nacionales han redefinido la relación de esos dos sistemas normativos, sustituyendo la idea de jerarquía normativa por la de cooperación judicial entre los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia.

Es famosa ya la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) recaída en los casos *Solange I (*BVerfGE de 29.5.1974 [BVerfGE 37, p. 271])[3] y *Solange II (*BVerfGE de

---

[2] *Costa/ ENEL*, (STJCE de 15.7.1964, As. 6/64, página 1270): *"Aus alledem folgt, dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll"*; Con referencia expresa a la posible incompatibilidad del derecho comunitario con los derechos fundamentales nacionales: *Internationale Handelsgesellschaft* (STJCE de 7.12.1970, As. 11/70, apartado 3): *„Daher kann es die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung oder deren Geltung in einem Mitgliedstaat nicht berühren, wenn geltend gemacht wird, die Grundrechte in der ihnen von der Verfassung dieses Staates gegebenen Gestalt oder die Strukturprinzipien der nationalen Verfassung seien verletzt."; Simmenthal II* (STJCE de 8.3.1978, As. 106/77, apartado 24): *„Demnach ist auf die erste Frage zu antworten, dass das staatliche Gericht , das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, gehalten ist, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede —auch spätere— entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste."*

[3] *Solange I* (BVerfGE 37, p. 285)*: "Solange der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen*

22.10.1986 [BVerfGE 73, p. 339])[4], *Maastricht* (BVerfGE de 12.10.1993 [BVerfGE 89, p. 155])[5], *Bananenmarktordnung* (BVerfGE de 7.6.2000 [BVerfGE 102, p. 147])[6]. En éstos el

---

und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 177 des Vertrags geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert."

[4] *Solange II* (BVerfGE 73, p. 339): *"Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig."*

[5] *Maastricht* (BVerfGE 89, p. 175): *"Das Bundesverfassungsgericht sichert so diesen Wesensgehalt auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft. Auch Akte einer besonderen, von der Staatsgewalt der Mitgliedstaaten geschiedenen öffentlichen Gewalt einer supranationalen Organisation betreffen die Grundrechtsberechtigten in Deutschland. Sie berühren damit die Gewährleistungen des Grundgesetzes und die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts, die den Grundrechtsschutz in Deutschland und insoweit nicht nur gegenüber deutschen Staatsorganen zum Gegenstand haben (Abweichung von BVerfGE 58, 1 [27]). Allerdings übt das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht in Deutschland in einem "Kooperationsverhältnis" zum Europäischen Gerichtshof aus, in dem der Europäische Gerichtshof den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der Europäischen Gemeinschaften garantiert, das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards (vgl. BVerfGE 73, 339 [387]) beschränken kann."*

[6] *Bananenmarktordnung* (BVerfGE 102, p. 164): *"Sonach sind auch nach der Entscheidung des Senats in BVerfGE 89, 155*

Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) acepta no examinar la compatibilidad del derecho comunitario con los derechos fundamentales consagrados en la Norma Fundamental (*GG*), siempre que el derecho de la Unión Europea, en su conjunto, garantice un nivel de protección equiparable al establecido por los derechos fundamentales nacionales. Sin embargo, de no ser así, el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) podría controlar aquellos actos comunitarios que resultaran irreconciliables con el sistema de derechos nacional.

Esta jurisprudencia ha sido ratificada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) de 30 de junio del 2009 en la que el Tribunal se pronunció sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley por la que se aprueba el Tratado de Lisboa (*Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon*), de la Ley de modificación de la Norma Fundamental Alemana (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes [art. 23, 45 und 93]*) de la misma fecha y de la ley sobre la ampliación y refuerzo de los derechos del Congreso y del Senado en cuestiones relativas a la Unión Europea *(Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der EU [BT-Drucksache 16/8489]).*

> El Tribunal Constitucional Federal consideró constitucional la Ley que aprueba el Tratado de Lisboa y la Ley de modificación de la Norma Fundamental. El Tribunal declaró, sin embargo, inconstitucional la Ley sobre la ampliación y refuerzo de los derechos del Congreso y del Senado por entender que no se

---

Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der Solange II-Entscheidung (BVerfGE 73, 339 [378 bis 381]) unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei. Deshalb muss die Begründung der Vorlage eines nationalen Gerichts oder einer Verfassungsbeschwerde, die eine Verletzung in Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend macht, im Einzelnen darlegen, dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist. Dies erfordert eine Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene in der Art und Weise, wie das Bundesverfassungsgericht sie in BVerfGE 73, 339 (378 bis 381) geleistet hat."

> garantizaba, de forma compatible con el principio democrático consagrado en el art. 38.1 de la Norma Fundamental (*GG*), la participación de dichos órganos estatales en el marco del procedimiento legislativo y de modificación de los tratados constitutivos de la Unión Europea.

El Tribunal Constitucional Federal insiste en la necesidad de velar por que el proceso de integración europea no ponga en peligro el respeto a la identidad constitucional de la Norma Fundamental[7].

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en dos ocasiones sobre los límites constitucionales al proceso de integración europea, haciendo uso del procedimiento de control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales previsto en el artículo 95.2 de la Constitución Española. El Tribunal ha adoptado de forma indirecta, en su Declaración de 1 de julio de 1992[8], y en la más reciente

---

[7] BVerfGE de 30.6.2009: *„Die Verfassungsidentität ist unveräußerlicher Bestandteil der demokratischen Selbstbestimmung eines Volkes. Zur Wahrung der Wirksamkeit des Wahlrechts und zur Erhaltung der demokratischen Selbstbestimmung ist es nötig, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Zuständigkeit darüber wacht, dass die Gemeinschafts- oder die Unionsgewalt nicht mit ihren Hoheitsakten die Verfassungsidentität verletzt und nicht ersichtlich die eingeräumten Kompetenzen überschreitet. […] Die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten darf jedoch nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt.* ***Dies gilt insbesondere für Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen,*** *sowie für solche politischen Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten.“*

[8] Ver ARAGÓN REYES (1994), *REDC*, p. 24 que aunque lamenta que el Tribunal Constitucional español no haya abordado en la declaración de 1 de julio de 1992 el tema de la relación entre el derecho comunitario y los derechos fundamentales, considera que de lo que en ella se dice, parece desprenderse en cuanto a dicha relación una solución análoga a la adoptada por el BVerfG alemán. DIEZ PICAZO (1998), *REDC,* p. 265, pone así mismo de relieve la defensa por parte del Tribunal

declaración de 13 de diciembre de 2004 expresamente, una solución similar a la del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*).

> La DTC 1/2004 daba respuesta al requerimiento formulado por el gobierno español al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de tres artículos del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004: el primero era el art. I-6, que establecía la primacía del Derecho de la Unión, el segundo era el arts. II-111, que determinaba el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y el tercero era el art. II-112, que fijaba el alcance e interpretación de los derechos fundamentales y principios reconocidos en la Constitución Europea. En la Declaración el Tribunal concluyó que "en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes."

El principio de cooperación, que pretende proteger los valores básicos de los respectivos sistemas constitucionales ante ulteriores transformaciones no deseadas del derecho de la Unión Europea, exige determinar el nivel de protección otorgado por las Constituciones nacionales para determinar si la Unión Europea garantiza uno equiparable.

Llego así al lugar al que me dirigía, la pregunta sobre el grado de libertad e igualdad asegurado por los textos constitucionales a los particulares no puede responderse sin comprender la idea de la *Drittwirkung.*

Afirmo esto sin dejar de ser consciente de algo que MATTHIAS JESTAEDT[9] pone de relieve, no falto de razón y es que la

---

Constitucional de la sujeción de todos los poderes públicos, incluso cuando actúan en el ámbito supranacional- a la Constitución Española.

[9] JESTAEDT (2004), *VVDStRL*, p. 432: *"Diese Solange-Judikatur aber weist, meine ich –und da treffen wir uns vielleicht-, insoweit einen*

exigencia por los Tribunales Constitucionales de un grado de protección equiparable a la constitucional se traduce en la práctica en la vigencia de un catálogo de derechos comparable. Pudiendo ser considerado comparable tan sólo aquel sistema que garantice el núcleo de los derechos de libertad e igualdad, condición necesaria de un sistema político liberal y democrático[10].

La primera razón de incluir un apartado sobre la *Drittwirkung* ha sido pues el riesgo, anticipado por algunos autores de que la regulación objeto de análisis en este trabajo, en concreto las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, pudieran ser inconstitucionales.

b) El control de constitucionalidad de las leyes nacionales de transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

La segunda razón para tratar la *Drittwirkung* tiene también que ver con la necesidad de control de la constitucionalidad, no ya de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, sino de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*).

Toda ley aprobada por el legislador se enmarca en un sistema constitucional en el que debe encajar. De las Constituciones se derivan mandatos al legislador, que éste debe cumplir al llevar a cabo el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas. Cuando el legislador dicta una ley, ésta deberá ser conforme al texto constitucional.

---

strukturellen Mangel auf, als die generelle Gleichartigkeit des Schutzes, die dort eingefordert wird, einfach gemessen wird an der Frage: "Gibt es auf Gemeinschaftsebene gleichartige Grundrechte, und sehe die so ähnlich aus und "schmecken" die so ähnlich wie die grundgesetzlichen?"

[10] KEHLEN (2003), *Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht*, p. 242: *"Mit Kischel, ist hierunter eine Vergleichbarkeit der jeweiligen Grundlinien des Grundrechtsschutzes zu verstehen, wobei der für ein "freiheitlich-demokratisches Gemeinwesen notwendige Kern des Schutzgehaltes der Freiheits- und Gleichheitsrechte" zu wahren ist."*

Lo que la Constitución española y la Norma Fundamental alemana determinen respecto de la prohibición de discriminación deberá ser tenido en cuenta a efectos de juzgar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2007 y la Ley general de igualdad de trato (*AGG*). Ambos legisladores podrían no haber garantizado suficientemente el contenido del derecho a no ser tratado de forma discriminatoria. Del mismo modo, también será relevante saber cuánta libertad aseguran los textos constitucionales. Las prohibiciones de discriminación bien podrían haber ido demasiado lejos, limitando desproporcionadamente la autonomía privada.

Es cierto que la Ley Orgánica 3/2007 y el Ley general de igualdad de trato (*AGG*) son normas de transposición de Directivas, lo que determina que entre éstas y los textos constitucionales se establezca una relación un tanto distinta a la existente con las leyes de origen exclusivamente nacional[11].

Las leyes de implementación de Directivas ni son normas comunitarias en sentido estricto, ni leyes puramente nacionales. Esta pertenencia simultánea a dos sistemas jurídicos distintos acarrea la dificultad de determinar la norma jerárquicamente superior respecto de la cual deberá fijarse la conformidad. ¿Deben las leyes de implementación de Directivas ser compatibles con los textos constitucionales de los respectivos sistemas jurídicos nacionales en que se incardinan, tan sólo con las Directivas en las que encuentran su origen, o con ambos?

En la doctrina se propone diferenciar entre aquellas disposiciones de transposición con las que el legislador

[11] Según SCHÖBENER/ STORK (2004) *ZEuS*, p. 50, esta singularidad es obviada por muchos de los autores que hablan de un atentado contra el Art. 2 (1) *GG*: *"Der von vielen Autoren behauptete Verstoβ gegen die in Art. 2 (1) GG gewährleistete Vertragsfreiheit oder sonstige Grundrechte des Grundgesetzes spielt für die Gültigkeit der RL 2000/43/EG keine Rolle. [...] Dieser Aspekt wird in der deutschen Diskussion vielfach ausgeblendet, so dass sich die diesbezügliche Kritik am neuen Anti-Diskriminierungsrecht auf ein brüchiges Fundament stützt."*

nacional se limita a incorporar el contenido de la regulación europea y aquellas en las que éste, al gozar de un margen de apreciación, ha regulado con más libertad. En el caso del segundo tipo de disposiciones, éstas serían atribuibles al ordenamiento nacional por lo que deberían incardinarse en él y ser compatibles con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución nacional[12].

La diferenciación propuesta es coherente con la idea que subyace a la figura de la Directiva comunitaria por contraposición a la del Reglamento europeo[13], sin socavar la harmonización pretendida por el derecho comunitario.

---

[12] KINGREEN, en: CALLIESS/ RUFFERT, *EUV/EGV*, Art. 6 EU, Mg. 59.; DREIER, en: DREIER, GG-KOMM. Bd. 1, Art. 1. III, Mg. 12; JESTAEDT (2004), *VVDStRL,* p. 327; STREINZ (1989), *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz,* p. 186; EVERLING (1990) *Europarecht,* p. 213. MAHLMANN, *ZEuS* (2002), p. 418; KÜHLING en: V. BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht*, p. 608; Contrariamente a lo que afirman SCHÖBENER/STORK [SCHÖBENER/STORK (2004), *ZEuS*, p. 49: *"Entweder wird auch im Falle der Umsetzung die Anwendung von nationalen Grundrechten gänzlich ausgeschlossen (strikt europarechtliche Position) oder aber zumindest in qualifizierten Fällen für möglich gehalten (eingeschränkt europarechtliche Position)"*], la discusión entre euro-optimistas y constitucionalistas no se plantea respecto de la aplicación de los derechos fundamentales nacionales, que es admitida por unos y otros. Lo controvertido es la aplicación de los derechos fundamentales consagrados a nivel europeo a las disposiciones estatales dictadas haciendo uso del margen de apreciación que admiten las Directivas. Dice así KINGREEN, en: CALLIESS/RUFFERT, *EUV/EGV*,Art. 6 EU, Mg. 59: *"Soweit die Richtlinien dem nationalen Gesetzgeber Spielräume belässt und den Umsetzungsakt nicht determiniert, ist dieser ohnehin allein und uneingeschränkt an die nationalen Grundrechte gebunden."* Mientras que KÜHLING afirma, en: V. BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht*, p. 608: *"Dies spricht dafür, dass die Mitgliedstaaten auch bei den im Rahmen der Ausschöpfung des Umsetzungsspielraums von Richtlinien erfolgenden Grundrechtseingriffen den Gemeinschaftsgrundrechtsstandard wahren müssen, unabhängig von dem (nicht notwendig vorhandenen) Parallelschutz durch mitgliedstaatliche Grundrechte".* Lo que defiende este autor es la necesidad de que se garantice a los ciudadanos el respeto a los derechos fundamentales consagrados por la Unión Europea, tanto cuando ésta actúa directamente, como cuando lo hace indirectamente, a través de leyes de transposición dictadas por los Estados miembros.

[13] SCHÖBENER/STORK (2004) *ZEuS*, p. 50; STORK (2006), *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union*, pp. 219, 220.

Lo que caracteriza a las Directivas es justamente el margen de apreciación, que estos instrumentos dejan al legislador nacional para que éste pueda tomar en consideración las particularidades nacionales. La necesidad de dejar ciertas decisiones en manos del poder legislativo de los Estados miembros, de la que hacen eco las Directivas, se deriva de la aplicación del principio de subsidiariedad. Dicho principio establece que la Unión podrá intervenir sólo en caso y en la medida en que los objetivos de la acción que pretende alcanzar no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros[14]. La elección por el legislador comunitario del instrumento de la Directiva para regular una determinada materia, en este caso la discriminación en el acceso a bienes y servicios, indica que dicho legislador no consideró necesaria una harmonización total en ese ámbito. Admitió, de forma implícita, que entraran a considerarse los rasgos distintivos de los ordenamientos de los Estados miembros, entre los que se cuentan, sin lugar a dudas, sus derechos fundamentales. Sólo si se abre la posibilidad de que los Tribunales nacionales entren a valorar la compatibilidad de las normas, que se sitúan dentro del margen de apreciación, con los derechos fundamentales del propio ordenamiento, se garantiza la existencia de dicho margen.

De todo esto se deduce una razón más, para tener en cuenta a las Constituciones nacionales: la necesidad de controlar la conformidad de la Ley Orgánica 3/2007 y el Ley general de igualdad de trato (*AGG*), en aquellos extremos en que los legisladores han concretado el contenido de la prohibición de discriminación del derecho comunitario.

[14] Art. 5 (3) del Tratado de la Unión Europea

c) La interpretación de las leyes de transposición alemana y española de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

Comprender la *Drittwirkung* e integrar las conclusiones de la discusión suscitada en torno a ella, resulta muy útil a efectos de interpretar la Ley Orgánica 3/2007 y la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) alemana.

Aunque estas leyes, por su origen europeo, no pueden ser entendidas como el final de una evolución que partiría de HANS NIPPERDEY -y sus esfuerzos por conseguir alguna forma de vinculación del empresario en sus relaciones con sus trabajadores a principios constitucionales- no son tampoco, ni mucho menos, ajenas a la idea de la *Drittwirkung*.

Es cierto que el legislador europeo, al regular la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios parece haberse inspirado, sobre todo, en el derecho de antidiscriminación estadounidense.

La influencia del derecho estadounidense se hace patente en dos extremos: en el concepto de discriminación indirecta y en la distinción entre la esfera privada y la esfera pública como base para determinar el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación. El concepto de discriminación indirecta del derecho europeo proviene del ordenamiento estadounidense[15]. La recepción dificultosa de la figura en los

[15] Ver al respecto REY MARTÍNEZ (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado,* que lo afirma textualmente en la página 81: "El origen del concepto de discriminación indirecta remite una vez más al ordenamiento estadounidense, a la doctrina Griggs del *disparate impact* […]". También PLÖTSCHER (2003), *Der Begriff der Diskriminierung*, que en la página 228, en el pie de página 48, saca a la luz que cuando a mitades de los años 70 el concepto de la discriminación indirecta empezaba a despuntar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en Estados Unidos éste ya estaba completamente formado: *"In den USA war das Konzept der "mittelbaren Diskriminierung" [Mitte der 70er Jahre] schon vollständig ausgebildet."* ARANDA ÁLVAREZ (2006), "Discriminación por razón de sexo en el ámbito político: los problemas de las cuotas electorales" en: PÉREZ ROYO*/* URÍAS MARTÍNEZ*/* CARRASCO DURÁN (ed.), *Derecho Constitucional*

sistemas jurídicos de los Estados miembros indica también ese origen ajeno[16]. Definir las relaciones jurídicas, para decidir cuáles quedarán vinculadas a la prohibición de discriminación, no en función de si los sujetos son particulares o poderes públicos, sino de la esfera en que éstos actúan, es también una idea del ordenamiento norteamericano[17].

Los sistemas jurídicos de los Estados miembros, con sus prohibiciones de discriminación aisladas[18], no eran

---

para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los dias 3, 4 Y 5 de Diciembre de 2003, p. 777.

[16] SCHIEK lo pone claramente de relieve al describir la recepción de dicho concepto en el ordenamiento jurídico alemán: SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 63: *"Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung ist eine der interessantesten Entwicklungen des Anti-Diskriminierungsrechts und konzeptionell nicht leicht einzuordnen. Folglich ist es immer noch Gegenstand lebhafter Diskussionen. In Deutschland ist —außerhalb des Verbots der Diskriminierung wegen des Geschlechts- noch umstritten, ob die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote auch ein Verbot der mittelbaren Diskriminierung enthalten."* También HILLGRUBER (2005), *AöR*, pp. 300-301*: "Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung, die Regelungen erfasst, die zwar an ein geschlechtsneutrales Differenzierungsmerkmal anknüpfen, aber aufgrund faktischer Umstände überwiegend für Angehörige eines Geschlechts nachhaltige Wirkungen zeitigen, vermag in keiner Weise zu überzeugen. [...] Die faktische Betroffenheit eines "wesentlich" höheren Anteils von Angehörigen eines Geschlechts begründet keinen Anscheinsbeweis für dessen Diskriminierung."*

[17] BILBAO UBILLOS (2006), "Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público"en: PÉREZ ROYO/ URÍAS MARTÍNEZ/ CARRASCO DURÁN (ed.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los dias 3, 4 Y 5 de Diciembre de 2003,* p. 824: "En este sentido podría resultar útil la solución adoptada por el ordenamiento norteamericano, que siempre ha distinguido dos esferas dentro del sector privado: una relacionada con el acceso a bienes y servicios de interés público, socialmente relevantes, y otra que comprende las actividades propiamente privadas, carentes de esa proyección pública."

[18] JESTAEDT (2004), *VVDStRL*, p. 317, lo expresa en mi opinión muy acertadamente al decir describiendo la regulación de la discriminación en el sistema jurídico alemán anterior a la aprobación de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*): *"Flächendeckende Geltung*

precisamente un modelo a seguir para el legislador europeo, que pretendía consagrar un derecho de antidiscriminación sistemático.

Pero la forma en que los legisladores nacionales han concretado las directrices del ordenamiento europeo, sorteándolas o completándolas se explica por el intento de adaptarlas a sus tradiciones constitucionales.

> Me referiré aquí tan sólo a dos ejemplos, que muestran muy bien la colisión de las distintas concepciones del legislador europeo y nacional[19]. El primer ejemplo es la resistencia del Parlamento alemán a sancionar de forma efectiva, proporcionada y disuasoria las infracciones de la prohibición de discriminación, como exigían las Directivas. A fuerza de pronunciamientos del Tribunal de Justicia la indemnización prevista en el ordenamiento alemán dejó de ser simbólica ya antes de la aprobación de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*). El hecho, sin embargo, de que sólo en los supuestos en que se produce una lesión a los derechos de la personalidad de la víctima de la discriminación deba el causante restituir los daños inmateriales, delata la convicción –vigente durante años en los ordenamientos nacionales– de que entre particulares, sólo los atentados contra la dignidad pueden ser sancionados. Algo similar sucede con la modificación que el legislador alemán ha hecho del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación previsto en las Directivas. Ha querido matizar la distinción entre la esfera pública y privada introduciendo ideas que provienen de su propia tradición como son los desequilibrios negociales o la contradicción en el propio comportamiento.

El aplicador de la Ley Orgánica 3/2007 y la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) alemana no puede permanecer ajeno a tales preocupaciones. La interpretación correcta

---

beanspruchen die Diskriminierungsverbote regelmässig nur gegenüber der Staatsgewalt; im Privatrecht – mit Ausnahme des traditionell stark europarechtlich imprägnierten Arbeitsrecht – entfalten sie ihre Wirkung nur vereinzelt und in aller Regel über das Medium diskriminierungsunspezifischer Generalklauseln wie die "guten Sitten", die "Billigkeit" oder "Treu und Glauben".

[19] Con la mención que hago en este punto sólo persigo ilustrar ese "choque", las cuestiones que aquí esbozo, las analizaré detalladamente en un lugar posterior del trabajo. Remito por tanto a los apartados en que trato los temas para que el lector interesado pueda informarse si lo desea.

pasa, en parte, por la comprensión previa de la discusión suscitada a raíz de la *Drittwirkung.*

d) La valoración crítica del derecho vigente

Pero no todos los argumentos a favor de la importancia de la *Drittwirkung* son, como los dos expuestos hasta ahora, de derecho positivo. Hay otros que sostienen esa relevancia, con el punto de mira no en el intento de determinar el contenido del derecho vigente, sino más bien de avanzar en una determinada dirección.

Conocer más a fondo la discusión dogmática es importante para integrar en el discurso las objeciones ya formuladas y las reacciones a éstas. Contextualizar histórica y teóricamente la Ley Orgánica 3/2007 y la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) alemana, permite identificar una tendencia en el derecho privado[20] y anticipar futuras evoluciones legislativas.

---

[20] Son muchos los autores que se han hecho eco de esta tendencia. Sirvan de ejemplo los siguientes: HILLGRUBER (1995), *ZRP*, p. 6, que ya en 1995, bajo la rúbrica "*Abschied von der Privatautonomie*?" vaticina una tendencia, impulsada por el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) hacia la limitación excesiva de la autonomía privada: *"Die Privatautonomie wird nicht nur durch eine immer weiter ausgreifende Verbraucherschutzgesetzgebung eingeengt; sie sieht sich vielmehr auch durch die jüngere Rechtssprechung des 1. Senats des BVerfG verfassungsrechtlich in Frage gestellt. Der Verfasser setzt sich mit einer die Vertragsabschlussfreiheit betreffenden Entscheidung des 1. Senat kritisch auseinander und plädiert für eine Rückbesinnung auf die Privatautonomie als wesentlichen Bestandteil grundrechtlicher Freiheit".* CANARIS (2000), *AcP*, p. 280, que testimonia, refiriéndose sobre todo a la creciente protección de los consumidores una tendencia a lo que él denomina "materialización" del derecho privado: *"Deshalb habe ich die "Wandlungen" des Vertragsrechts unter einen Leitgedanken gestellt und als solchen den der "Materialisierung"gewählt. Denn wenn man fragt, in welche Richtung sich das BGB und insbesondere sein Vertragsrecht im Laufe dieses Jahrhunderts entwickelt hat, würden die meisten Juristen wohl antworten: Weg von einer sehr formalen Grundkonzeption und hin zu einem stärker material ausgeprägten Verständnis der Rechtsinstitute und zumal des Vertrages."* Materialización que CANARIS (2000), *AcP*, p. 289, define como la adopción de un punto de vista más social: *"Von einer "Materialisierung" des Schuldvertragsrechts kann man schließlich auch*

Además, la concepción participativa del derecho antidiscriminatorio, que propongo en este trabajo, ha nacido de la lectura de los textos surgidos en torno a la discusión sobre la *Drittwirkung*. Dicha concepción me ha servido, como se verá en el capítulo segundo y tercero de este trabajo, para elegir y defender de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que considero correcta, para analizar críticamente las decisiones adoptadas tanto por los legisladores europeo, alemán y español como por los Tribunales, así como para proponer en aquellos puntos que quedaban abiertos soluciones concretas.

---

unter dem Aspekt einer Veränderung der ihm zugrunde liegenden weltanschaulich-politischen Grundhaltung […] Formal steht bei dieser Sichtweise weitgehend für liberal, material für sozial", sin dejar de sacar a la luz las paradojas que se esconde tras tal diferenciación.

II. El marco teórico y constitucional de la protección frente a las discriminaciones acaecidas entre particulares

1. HANS NIPPERDEY y la concepción de los derechos fundamentales como principios

Tratar de dar respuesta a la pregunta sobre la protección constitucional de que goza el derecho a no ser discriminado, pasa forzosamente por HANS NIPPERDEY, JÜRGEN SCHWABE[21], WALTER LEISNER y su tesis de que la función de los derechos fundamentales no puede agotarse en su vertiente de derechos subjetivos frente a los poderes públicos. En palabras del propio HANS NIPPERDEY:

"La mayoría de disposiciones del catálogo de derechos fundamentales contienen derechos fundamentales genuinos (clásicos). Son derechos subjetivos de naturaleza pública del individuo frente al Estado, a los que están vinculados legislativo, poder ejecutivo y judicial […]"[22]. "*Toda una serie de [derechos fundamentales]* tiene además una importante función como principios, es decir como normas objetivas que rigen todo el ordenamiento jurídico. *Vinculan* por tanto *también al tráfico privado de forma inmediata*, es decir, no

[21] SCHWABE es también defensor de la *unmittelbare Drittwirkung,* pero opta por otra vía distinta a la tomada por NIPPERDEY para fundamentarla, que consiste en equiparar la autoregulación que los particulares hacen de sus relaciones mediante la celebración de contratos, a las normas de derecho privado. Los derechos derivados de los contratos los interpreta como mandatos del legislador, que tienen su origen en la contratación privada. Ver al respecto: SCHWABE (1971), *Die sogennante Drittwirkung der Grundrechte*, p. 69.

[22] NIPPERDEY (1962), "Grundrechte und Privatrecht", en: NIPPERDEY (ed.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag,* pp. 22, 23: *"Die meisten Bestimmungen des Grundrechtskatalogs enthalten dagegen echte (klassische) Grundrechte. Sie sind subjektive öffentliche Rechte des einzelnen gegenüber dem Staat, an die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung gebunden sind [...]"*

sobre la base de leyes, dictadas por el legislador en cumplimiento de dichas normas objetivas"[23].

> "Esa función de las disposiciones de derechos fundamentales, a la que llevo remitiéndome desde hace tiempo, se ha denominado hasta ahora, por lo general, *"Drittwirkung"* de los derechos fundamentales. Esto es, de todas formas, impreciso porque los derechos fundamentales en sentido clásico, estricto sólo se dirigen contra el Estado. Sería más correcto hablar de la eficacia absoluta de disposiciones de derechos fundamentales aisladas que debido a su naturaleza de derecho constitucional objetivo y vinculante derogan, modifican, completan o crean disposiciones de derecho privado"[24].

La tesis de HANS NIPPERDEY se apoya en dos ideas. La primera afecta a la naturaleza de los derechos fundamentales y los define como principios. La segunda se refiere a los destinatarios de la norma y la forma en que ésta los obliga. Según HANS NIPPERDEY, los principios constitucionales son vinculantes para todos los sujetos del ordenamiento jurídico independientemente de que sean sujetos públicos o privados. Para que los sujetos privados puedan reclamar la aplicación de los principios constitucionales, no es necesario que medie la actuación de un poder público, que concrete dicho principio en una disposición legal, un acto administrativo o una decisión

---

[23] NIPPERDEY (1962), "Grundrechte und Privatrecht", en: NIPPERDEY (ed.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag,* pp. 23, 24: *"Eine ganze Reihe von [Grundrechten] hat ferner die wichtige Funktion von Ordnungssätze oder Grundsatznormen, also objektiver Normen für die gesamte Rechtsordnung. Die binden daher auch den Privatrechtsverkehr unmittelbar, d.h. nicht erst aufgrund von Gesetzen, die vom einfachen Gesetzgeber in Aufführung der Grundsatznorm erlassen worden sind."*

[24] NIPPERDEY (1962), "Grundrechte und Privatrecht", en: NIPPERDEY (ed.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag,* p. 24: "*Diese Funktion der Grundrechtsbestimmungen, auf die ich seit längerer Zeit hingewiesen habe, ist bisher im allgemeinen als "Drittwirkung" der Grundrechte bezeichnet worden. Das ist allerdings ungenau, weil die Grundrechte im klassischen, engeren Sinne als subjective Rechte sich nur gegen den Staat richten. Richtiger dürfte es sein, von der absoluten Wirkung einzelner Grundrechtsbestimmungen in ihrer Eigenschaft als objektives, verbindliches Verfassungsrecht, das Bestimmungen des Privatrechts aufgehoben, modifiziert, ergänzt oder neu geschaffen hat."*

judicial. Los particulares quedan inmediatamente vinculados a los principios constitucionales.

HANS NIPPERDEY sostiene, sin embargo, que no todo derecho fundamental tiene esa doble naturaleza y puede ser entendido como un principio. Se plantea aquí entonces la pregunta por el carácter de la prohibición de discriminación. Sólo si este derecho incorporara un principio, cabría plantearse la vinculación inmediata de los particulares a éste, con la consecuencia de que la víctima podría hacer valer su derecho no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a un particular. De ser así, esto tendría una consecuencia importante. El derecho a no ser discriminado por otros ciudadanos lo estaría garantizando la Constitución misma. Con lo que el legislador, al dar forma legal a esa prohibición guiándose por las Directivas, podría estar reproduciendo o concretando un derecho preexistente. También podría haberse alejado del contenido constitucionalmente garantizado, extendiéndolo o limitándolo.

a) El derecho a no ser discriminado como un derecho fundamental de aplicación inmediata entre particulares

A HANS NIPPERDEY, en el año 1961, al planteársele la pregunta sobre aquellos derechos que tenían eficacia absoluta, no le preocupaba la posible relación entre el texto constitucional y los actos del legislador, sino más bien el problema de que en las relaciones entre particulares, el que reclama la aplicación de una garantía constitucional lo hace frente a un sujeto, que goza a su vez de la protección de los derechos fundamentales[25]. Ahí radica una diferencia importante respecto del supuesto en que el respeto a un derecho se exige de los poderes públicos, que no son titulares de las garantías constitucionales.

[25] NIPPERDEY (1962), "Grundrechte und Privatrecht", en: NIPPERDEY (ed.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag,* p. 27: *"Dagegen ist im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zueinander zu beachten, daβ jeder von ihnen Grundrechtsträger ist und sich auf die Freiheitsrechte berufen kann."*

HANS NIPPERDEY, a pesar de la dificultad que supone una colisión de derechos, la asumió y defendió la eficacia horizontal inmediata de la prohibición de discriminación. Sin embargo, como el derecho de la víctima de la discriminación choca con la libertad de contratación del discriminador, que le garantiza la posibilidad de elegir libremente con quién establece relaciones comerciales, habrá que ponderar ambos principios[26].

El equilibrio que HANS NIPPERDEY propone consiste en hacer prevalecer la prohibición de discriminación sobre la libertad de contratación, porque entiende que la conducta discriminatoria no puede ser justificada por la "*rule of reason*"[27].

---

[26] NIPPERDEY (1962), "Grundrechte und Privatrecht", en: NIPPERDEY (ed.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag,* p. 32. "*Die Kollision zwischen Vertragsfreiheit und Willkürverbot bedarf im Einzelfalle sorgfältiger Abwägung, wobei jedoch für das Arbeitsrecht zu berücksichtigen ist, daß die Vertragsfreiheit des Arbeitsnehmers auf Grund der wirtschaftlichen Überlegenheit des Arbeitsgebers in der Regel praktisch nur formal besteht."*

[27] NIPPERDEY (1962), "Grundrechte und Privatrecht", en: NIPPERDEY (ed.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag,* p. 32: *"Deshalb ist im Privatrecht im allgemeinen ein Verstoß gegen Art. 3 GG nur bei solchen Maßnahmen anzunehmen, die eines verständigen und zu billigenden Sinnes entbehren, die nicht durch die "rule of reason" gerechtfertigt werden. Ein derartiger Verstoß liegt in der Regel nur vor, wenn die Sonderbehandlung innerhalb einer durch gleiche Interessen zusammengehaltenen Gruppe willkürlich oder gerade wegen und ohne jedem vernünftigen Grund nur wegen einer der im Art. 3 Abs. 2 und 3 GG genannten gemißbilligten Gründe erfolgt."*; Lo mismo han sostenido LEISNER (1960), *Grundrechte und Privatrecht*, p. 359: *"Die Drittwirkung des Art. 3 Abs. 2 GG verwandelt keineswegs das schuldrechtliche Austauschverhältnis: sie führt nur das reine Leistungsprinzip durch und beseitigt dann auch wahrhaft unerträglichen Umstand, daß Frauen nur wegen ihres Geschlechts schlechter behandelt werden."* y JÜRGEN SCHWABE que aunque niega la eficacia inmediata del Art. 3 GG en su conjunto, que debe ceder ante la autonomía privada (SCHWABE (1971), *Die sogennante Drittwirkung der Grundrechte*, p. 150: *"Die im Rahmen der "Drittwirkung" so viel berufene Privatautonomie hat in erster Linie [im Privatrecht] ihren Platz. Kraft ihrer traditionell und auch aus dem GG belegbaren überregenden Geltung neutralisiert sie den Gleichheitssatz.")* sí reclama dicha eficacia para la prohibición de discriminación prevista en

Además, en las relaciones laborales, HANS NIPPERDEY considera que debe imponerse no sólo la prohibición de discriminación sino también el derecho a la igualdad[28], debido a la situación de desigualdad de poder en que se encuentra el trabajador respecto del empresario, que es equiparable a la situación en que se encuentra el individuo respecto del Estado.

b) Recepción en el ordenamiento jurídico español de la teoría de la eficacia inmediata

También en el ordenamiento jurídico español, la eficacia inmediata de la prohibición de discriminación ha encontrado adeptos: MIGUEL RODRÍGUEZ–PIÑERO y Mª FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ[29], FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ[30], ANTONIO PÉREZ LUÑO[31] y FERNANDO REY MARTÍNEZ[32].

---

el Art. 3 ap. 3 *GG* (SCHWABE (1971), *Die sogennante Drittwirkung der Grundrechte*, p. 152: *"Andererseits hat die Vertragsfreiheit in einigen Fällen hinter Art. 3 GG zurückzustehen: Die Vertragsbindung, ein Grundstück an Juden oder Farbigen nicht zu verkaufen, wäre wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 GG nichtig.*"

[28] NIPPERDEY (1961), *FS. für Molitor,* p. 32: *"Daher wird im individuellen Arbeitsvertragsrecht die Vertragsfreiheit häufig vor dem Willkürverbot zurücktreten müssen."*

[29] RODRÍGUEZ–PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986), *Igualdad y Discriminación,* pp. 267-268: "Desde luego, la introducción de la prohibición de discriminación en la noción de orden público daría un eficaz juego al mandato del artículo 14 CE, pero cabe aún plantearse una última posibilidad: la admisión de la aplicabilidad directa de la prohibición de discriminación entre privados. Tal posibilidad vendría avalada por argumentos de peso, incluso para aquellos que como regla general niegan la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales."

[30] VALDÉS DAL-RÉ (1990), *Relaciones Laborales*, p. 289: "En todo caso, la doctrina no duda de la eficacia erga omnes de los derechos fundamentales de contenido típicamente laboral (huelga y libertad sindical) o de versión laboral (intimidad, libertad de pensamiento o discriminación."

[31] PÉREZ LUÑO (1991), *Los derechos fundamentales*, p. 67: "La interpretación sistemática [del artículo 53.1 CE] avala la extensión del carácter vinculatorio de los derechos fundamentales no sólo a los poderes públicos sino también a todos los ciudadanos."

[32] REY MARTÍNEZ (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, p. 66: "En cuanto derecho subjetivo fundamental, la prohibición de no discriminación tiene efecto inmediato (y

Estos autores han defendido la posibilidad de aplicación directa de dicha prohibición basándose tanto en el tenor literal del art. 14 de la Constitución española[33] —que prevé que "Los españoles son iguales ante la Ley, *sin que pueda prevalecer discriminación alguna* por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social— como en el del art. 9.1 de ésta[34], que establece que: "*Los ciudadanos* y los poderes públicos *están sujetos a la Constitución* y al resto del ordenamiento jurídico."

Recientemente, se ha pronunciado también en defensa de la eficacia directa de los derechos fundamentales MARIA VENEGAS GRAU:

> "En consecuencia hay que admitir que ésta se pueda llevar a cabo según la construcción de la *Drittwirkung* directa, a través de una ponderación de los derechos en conflicto que, al incorporar el criterio de la libertad real y de la dignidad como factores determinantes para resolver el litigio, se pone al servicio del principio de autonomía. Cabe concluir, por tanto, que la autonomía de la voluntad y la *Drittwirkung* directa no se oponen ni se excluyen, sino que para lograr la primera es necesario postular la segunda"[35].

---

no sólo mediato a través de la ley o de conceptos jurídicos generales como "orden público" o "buenas ostumbres") en el tráfico jurídico privado."

[33] REY MARTÍNEZ (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, p. 65: "El art. 14 CE establece que la discriminación en razón del sexo no puede prevalecer y el carácter absoluto de la redacción literal, que no distingue entre conductas públicas y privadas, parece indicar que está proscribiendo todo tipo de discriminaciones sea quien sea su sujeto colectivo."

[34] BILBAO UBILLOS (2007), „Die Einwirkung der Grundrechte auf das spanische Privatrecht", en: NEUNER (Hrsg.) *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 131*: „Wenn es darum geht, in der Verfassung verankerte Argumente zur Unterstützung der unmittelbaren Wirkung aufzufinden, berufen sich die Anhänger dieser Theorie hauptsächlich auf die Aussage des Art. 9 Abs 1 […]."*

[35] VENEGAS GRAU (2005), *Derechos fundamentales y Derecho privado*, p. 231.

c) La contribución de la teoría de la eficacia inmediata a la conquista del derecho a no ser discriminado

La contribución de los defensores de la "*unmittelbare Drittwirkung"* a la discusión, es incuestionable pues, como muestran las palabras de JOSEP FERRER RIBA y PABLO SALVADOR CODERCH, "nadie niega hoy seriamente la relevancia de la Constitución en las normas del Derecho privado ni en su aplicación judicial, ni en la necesidad de una concordancia práctica entre las normas sobre derechos fundamentales y el Derecho privado o de conciliar el alcance de los distintos derechos fundamentales cuando se produce una colisión entre ellos en el ámbito de una relación privada negocial o extranegocial"[36].

HANS NIPPERDEY, JÜRGEN SCHWABE y WALTER LEISNER revindicaron y consiguieron otorgar un lugar a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares poniendo al servicio del aplicador del derecho una teoría que permitía resolver el problema de la integración de los derechos fundamentales en un sistema de derecho civil preconstitucional.

> La Sentencia del Tribunal Laboral Federal (*Bundesarbeitsgericht)* de 10.5.1957[37], en que el Tribunal Laboral Federal consideró nula la cláusula que obligaba a una trabajadora al celibato por atentar contra el derecho a contraer matrimonio consagrado en el art. 6.1 de la Norma Fundamental (*GG*) alemana, muestra la utilidad y aplicación práctica de la teoría de la eficacia inmediata.

La descripción hecha por HANS NIPPERDEY de los derechos fundamentales como principios aplicables a todo el ordenamiento jurídico ha servido, además, de base para la evolución teórica posterior.

---

[36] FERRER RIBA/ SALVADOR CODERCH (1997), "Asociaciones, democracia y Drittwirkung" en: SALVADOR CODERCH (coord.) FERRER RIBA/ VON MÜNCH, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada,* p. 99.

[37] BAG de 10.5.1957 (*BAGE* 6, p. 274).

Además HANS NIPPERDEY puso de relieve un aspecto muy importante en la discusión sobre la adopción de una prohibición de discriminación y es que la Norma Fundamental (*GG*) alemana rechaza un Estado puramente liberal para propugnar un Estado social. Los poderes públicos no pueden escudarse en la garantía de la libertad individual para justificar la no intervención en situaciones de desigualdad material.

d) Las objeciones a la teoría de la eficacia inmediata: paternalismo y democracia

El problema que plantea la teoría de la eficacia inmediata es la segunda asunción en que se basa, de acuerdo con la cual, la vinculación de los particulares a los principios contenidos en ciertos derechos fundamentales es inmediata y tiene lugar sin necesidad de intervención de los poderes públicos. Son muchas las objeciones que pueden hacerse y se han hecho a esta tesis.

Para empezar, se ha afirmado que tanto el tenor del art. 1 ap. 3 *GG*, como la sistemática y la historia[38] de la Norma Fundamental (*GG*) dificultan una interpretación favorable a la vinculación inmediata de los particulares a los derechos fundamentales[39]. También el telos de los derechos fundamentales, que pretenden garantizar esferas de libertad del individuo frente al Estado, pone obstáculos a tal interpretación[40].

> A estas objeciones, HANS NIPPERDEY respondió, no sin razón, que la extensión del círculo de los destinatarios de la norma constitucional se justificaba en la necesidad de proteger al

[38] Ver respecto de la historia legislativa del Art. 3 Abs. 2 *GG* y su posible eficacia horizontal a DAMMANN (2005), *Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht*, pp. 33 y 34, que muestra como ni siquiera respecto de esta disposición que impone la igualdad de retribución para hombres y mujeres se encuentran indicios en las discusiones parlamentarias de que este artículo sea un derecho inmediatamente exigible frente a otro particular.

[39] Ver al respecto CANARIS (1984), *AcP,* pp. 203-205.

[40] CANARIS (1984), *AcP,* p. 206.

> individuo frente a lo que él denomina, los "poderes sociales" o el poder fáctico, que dimana de grupos, corporaciones o empresas[41]. HANS NIPPERDEY equipara la relación de poder que existe entre los poderes públicos y los ciudadanos a la existente entre algunos particulares y otros.

Estos argumentos de los autores alemanes han sido adoptados también por la doctrina española. JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL ha objetado a la eficacia inmediata basándose en el tenor del art. 53.1 de la Constitución Española, que equivale al art. 1 ap. 3 de la Norma Fundamental (*GG)* y declara expresamente que sólo los poderes públicos están vinculados por los derechos fundamentales[42].

GÜNTHER DÜRIG[43] y CLAUS-WILHELM CANARIS[44] han sostenido también que la teoría de HANS NIPPERDEY podía caer en el paternalismo, al eliminar la posibilidad de que los particulares renuncien a sus derechos. Si la renuncia a los derechos fundamentales sólo pudiera llevarse a cabo en las mismas circunstancias en las que cabe la limitación de éstos por ley, se estaría imponiendo unos límites mucho más estrictos a la capacidad de vincularse, que los que prevé el propio derecho privado. Éste reconoce a los sujetos de derecho privado una libertad que les posibilita también vincularse en condiciones irracionales o desproporcionadas.

Estas objeciones hechas por GÜNTHER DÜRIG y CLAUS-WILHELM CANARIS se han visto reflejadas en la doctrina española que ha considerado que la *unmittelbare Drittwirkung* "limitaba indebidamente el derecho de los particulares a disponer de su esfera jurídica como tengan por conveniente"[45] y que "la idea de que todos los derechos fundamentales deberían regir en todo tipo de relaciones entre particulares, aunque aparentemente sugestiva, es insidiosa,

---

[41] NIPPERDEY (1962), "Grundrechte und Privatrecht", en: NIPPERDEY (ed.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag,* p. 25.

[42] ALFARO ÁGUILA-REAL (1993), *ADC,* p. 60.

[43] DÜRIG (1956), "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en: MAUNZ (ed.), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky,* pp. 159-160.

[44] CANARIS (1984), *AcP,* p. 210.

[45] ALFARO ÁGUILA-REAL (1993), *ADC,* p. 62.

porque su realización conduciría a la abolición de la autonomía privada y, por consiguiente, sería contraria a la noción misma de libertad"[46].

Otra dificultad con la que topa la propuesta de vinculación inmediata a los derechos fundamentales es el principio democrático. Si el texto constitucional estuviera imponiendo obligaciones o garantizando derechos a los particulares en sus relaciones entre sí, se estaría relegando al legislador a un segundo plano. Todas las decisiones relevantes estarían ya tomadas, con lo que los ciudadanos tendrían pocas posibilidades de decidir democráticamente sobre las normas que se les van a aplicar.

A esta dificultad se le suma la de la indeterminación de los principios constitucionales contenidos en los derechos fundamentales que, como principios, son generales y no concretan ni los supuestos en que deben aplicarse, ni las consecuencias que debe tener su aplicación. Que los textos constitucionales consagren distintos principios, que en muchas ocasiones colisionan, como el principio de libertad y el de igualdad, muestra que es difícil tomar cada uno de ellos como una disposición directamente aplicable.

Las objeciones hechas a la teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales[47], han llevado a la doctrina mayoritaria, alemana y española, a buscar una construcción alternativa que explique mejor la forma en que la prohibición de discriminación impone obligaciones a los particulares.

---

[46] DÍEZ-PICAZO (1996), *Comentarios a la Constitución española*, p. 436.

[47] De las que se hacen eco también DAMMANN (2005), *Die Grenzen zulässiger Diskriminierung,* p. 32; JESTAEDT (2004), *VVDStRL*, p. 332; BRITZ (2004), *VVDStRL*, p. 362; SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit,* pp. 77-78.

2. GÜNTHER DÜRIG y el derecho a no ser discriminado como un derecho fundamental de aplicación mediata entre particulares

GÜNTHER DÜRIG hizo el intento de explicar cómo la Constitución imponía obligaciones a los ciudadanos con la ayuda de lo que se ha denominado la teoría de la eficacia mediata.

Partió de la observación de que el derecho privado y el derecho constitucional valoraban con distintos resultados conductas similares. El derecho civil podía permitir la actuación de un particular sin perjuicio de que ésta fuera inconstitucional de haber sido un órgano estatal el que actuaba. La valoración que el ordenamiento jurídico hace de una conducta depende no sólo de su gravedad, sino también del sujeto que la lleva a cabo.

Partiendo de esto GÜNTHER DÜRIG entendió que los únicos destinatarios de los derechos fundamentales eran los poderes públicos, que en el ejercicio de todas sus competencias debían respetarlos.

La vinculación de los particulares a los principios constitucionales se producía de forma mediata, en la medida en que sus relaciones estaban regidas por el derecho privado, que es fruto de la actuación del poder legislativo[48].

[48] DÜRIG (1956), "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en: MAUNZ (ed.), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky,* p. 176: *"Der Rechtsverkehr Privater untereinander unterliegt daher gerade von Verfassungs wegen Sonderrechte (eben "Privatrecht") – und zwar auch im Recht der Abwehr von Angriffen Privater auf Rechte anderer (soweit nicht überhaupt das Strafrecht eingreift). Die normativen Mittel zur Abwehr von Angriffen aus der Drittwirkung, mit deren Hilfe bei Fehlen spezieller zivilrechtlicher Schutznormen das objektive Privatrecht seinen Schutzauftrag (vgl. Art. 1 I Satz 2 GG) erfüllt, sind seine wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln."*

a) Recepción en el ordenamiento jurídico español de la teoría de la eficacia mediata

En la doctrina española, autores como JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL [49], BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO[50] y DÍEZ PICAZO[51] han asignado también un papel clave a conceptos como el de "orden público" –previstos en los artículos 6.2 y 1.255 del Código Civil– y la "buena fe" –del artículo 7.1 del Código Civil– a efectos de garantizar la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

b) Valoración de la teoría de la eficacia mediata

Se ha tendido a reducir la aportación de GÜNTHER DÜRIG a la resolución del problema de la eficacia horizontal de las garantías constitucionales, a sus ideas sobre la concreción del contenido de los derechos fundamentales en las cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados del derecho privado.

Sin embargo, en GÜNTHER DÜRIG está ya el origen de la reformulación que luego hará CLAUS-WILHELM CANARIS. GÜNTHER DÜRIG utiliza la terminología de *Schutzauftrag*, que en el fondo está apuntando a la idea del mandato de

---

[49] ALFARO ÁGUILA REAL (1993), *ADC,* p. 75. "En efectos, las cláusulas generales constituyen auténticas "normas de delegación" al juez por parte del legislador para que aquél "componga" la norma concreta aplicable al caso, de forma que la tarea de los jueces no se limita a la interpretación legal en sentido estricto sino que, mediante un proceso de "concretación", ha de ir construyendo normas más específicas que sean susceptibles de aplicación al caso concreto.

[50] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1990), *ADC*, p. 424: "El artículo 14 de la Constitución forma parte de nuestro orden público y, consecuentemente, opera también como límite del principio de autonomía privada o de la voluntad (arts. 1.255 y 6. 2 del Código civil) […]. Los particulares, las personas privadas tienen que respetar también dentro de su esfera de actividad el principio de igualdad"

[51] DÍEZ PICAZO (1991), Art. 1.255, *Comentario del código civil*, p. 432: "Pertenecen en la actualidad al orden público del art. 1.255 las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional (p.e., la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y a la no discriminación)."

protección (*Schutzpflicht*). No distingue tal vez tan netamente, como lo hará posteriormente CLAUS-WILHELM CANARIS entre la autorregulación de los sujetos de derecho privado y el derecho privado como tal[52] pero consigue superar las críticas al modelo de HANS NIPPERDEY.

Además las afirmaciones de GÜNTHER DÜRIG son totalmente actuales en dos extremos. Por una parte al reclamar una autonomía para el derecho privado[53] que, aunque puede ser malentendida como una forma de desvinculación del texto constitucional[54], expresa lo mismo que MATTHIAS JESTAEDT [55] o GABRIELE BRITZ[56] afirman hoy: Que el texto constitucional deja a la elección del legislador el grado de protección a adoptar frente a las discriminaciones acaecidas en el tráfico privado[57].

---

[52] CANARIS (1984), *AcP,* p. 210.

[53] DÜRIG (1956), "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en: MAUNZ (ed.), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky,* p. 183: *"Es geht um die Erhaltung der privatrechtlichen Eigenständigkeit durch die Bewahrung des Privatrechts vor Übernahme von Verfassungsrechtssätzen mit zwingender, nicht erst vom Privatrecht nach eigenen Sachgesetzen mediatisierter Wirkung".*

[54] El principio de jerarquía normativa hace imposible esa desvinculación, la Constitución siempre prevalece sobre las normas de derecho privado, que deben ser compatibles con el texto constitucional. Sólo si la Constitución deja un margen de discrecionalidad al legislador podrá éste actuar con libertad pero siempre dentro de ese margen.

[55] JESTAEDT (2004), *VVDStRL*, p. 353, que presentó como una de las conclusiones de su trabajo, la siguiente tesis: *"Ob und Wie eines Diskriminierungsschutzes im Privatrecht unterliegen dem- namentlich durch die grundrechtlich geschützte Privatautonomie gebundene – Ermessen des Gesetzgebers."*

[56] BRITZ (2004), *VVDStRL*, p. 360: *"Die Entscheidung über die Einführung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote wird dem europäischen und dem deutschen Gesetzgeber weder in die eine nicht in die andere Richtung durch höherrangiges Recht deutlich vorgegeben."* También en la página 365: *"In der Summe sind Pflichten zum Erlass zivilrechtlicher Diskriminierungsverbote also nur schwach ausgeprägt."*

[57] Gran parte de la doctrina alemana parece estar de acuerdo en que la Norma Fundamental alemana ni obliga, ni impide al legislador adoptar medidas para la protección de las víctimas de discriminación en el tráfico privado.

Por otra, conecta directamente con la preocupación expresada por las voces críticas con la limitación de la autonomía privada, que conllevan la Ley Orgánica 3/2007 y la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) al afirmar, bajo el título "De lo que en realidad se trata" (*"Worum es letztlich geht")*:

> "El Estado avanza y se impone en ámbitos hasta ahora libres de intervención estatal –y lo hace, en base a una legalidad sociológica inquietante, vigente en el estado de bienestar, de la que no parecen ser conscientes los que revindican la protección estatal en relaciones de poder que quedaban hasta ahora al margen del estado"[58].

3. CLAUS-WILHELM CANARIS y la doble naturaleza de los derechos fundamentales como prohibiciones de injerencia y mandatos de protección

El modelo que, en mi opinión, mejor permite explicar, la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico privado, es el formulado por CLAUS-WILHELM CANARIS en 1984[59].

---

[58] DÜRIG (1956), "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en: MAUNZ (ed.), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky,* p. 183*: "Der Staat rückt nach und dringt in bisher staatsfreien Bereiche ein – und zwar dies mit einer im modernen "Wohlfahrtsstaat"geradezu unheimlichen soziologischen Gesetzmäßigkeit, die manchem Rufer nach staatlichem Schutz in bisher außerstaatlichen Gewaltverhältnissen nicht Recht bewußt zu sein scheint."*

[59] CANARIS (1984), *AcP,* p. 228: *"Die Problematik des Verhältnisses von Grundrechten und Privatrecht ist demgemäß nur durch eine Verbindung verschiedener Grundrechtsfuktionen zu bewältigen; soweit die Normen des Privatrechts an den Grundrechten gemessen werden, kommen diese in ihrer klassischen Funktion als Eingriffsverbote und Abwehrrechte "unmittelbar" zur Anwendung; soweit dagegen Akte von Privatrechtssubjekte, insbesondere Rechtsgeschäfte auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten geprüft werden, ist deren Funktion als Schutzgebote einschlägig – und da diese regelmäßig der Umsetzung durch einfaches Recht bedürfen, ist die Einwirkung der Grundrechte insoweit nur eine "mittelbare".*

Dicho autor parte de una idea, a partir de la cual ha logrado esclarecer la eficacia horizontal de una forma que no ha sido realmente superada hasta ahora[60]: Las garantías constitucionales imponen a los poderes públicos, dos tipos distintos de obligaciones, por su doble naturaleza de prohibiciones de injerencia y mandatos de protección. Como prohibiciones de injerencia garantizan una esfera de libertad a los particulares frente a intervenciones estatales. En este contexto, libertad equivale a ausencia de regulación. Como mandatos de protección obligan al Estado a adoptar las medidas de protección necesarias para garantizar el disfrute por parte del particular del contenido del derecho. Así, en las relaciones entre particulares, la injerencia de uno de ellos en el derecho fundamental del otro, sólo podrá ser considerada una violación del derecho fundamental si es atribuible a una omisión del deber de protección de los poderes públicos. La obligación impuesta por la Constitución de garantizar ese sistema objetivo de valores del que hablaba el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) en la sentencia *Lüth,* recae exclusivamente sobre el Estado.

El alcance de la prohibición de intervención y del mandato de protección es distinto[61]. Mientras que los derechos funcionan siempre como prohibiciones de injerencia, de ellos no se deriva siempre una obligación de protección por parte del Estado. El criterio principal para determinar la existencia de esa función adicional como mandato de protección es, que en el supuesto concreto, exista una necesidad de protección. CLAUS-WILHELM CANARIS propone tres indicadores de esa necesidad[62]: La ilegalidad del acto del particular susceptible de limitar el derecho fundamental de otro. La puesta en peligro del bien jurídico protegido por el derecho fundamental. La dependencia de un particular por parte de otro, para hacer efectivo su derecho.

---

[60] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit,* p. 81: *"Die verfassungsrechtlichen Lehren von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte erlaubt demnach eine verfassungsdogmatisch überzeugende Begründung der Wirkungen der Grundrechte im Privatrecht, [...]"*

[61] CANARIS (1999), *Grundrechte und Privatrecht*, pp. 43-45.

[62] CANARIS(1999), *Grundrechte und Privatrecht*, pp. 74-78.

Si la medida para determinar si el legislador se ha ceñido a la prohibición de intervención que contienen los derechos fundamentales, es el principio de proporcionalidad, saber si el legislador ha cumplido con el mandato de protección requiere de la aplicación del *"Untermassverbot"*[63].

a) La recepción por el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) de la teoría de CLAUS-WILHELM CANARIS: ni desprotección, ni proteccionismo

El Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) alemán ha adoptado el modelo propuesto por CLAUS-WILHELM CANARIS, en la sentencia del representante de comercio *Handelsvertreterentscheidung* (BVerfGE de 7.2.1990 [BVerfGE 81, p. 242]):

> El demandante en amparo celebró un contrato de agencia con la empresa demandada -vendedora de vino- que contenía la siguiente cláusula: "En el supuesto, de que el contrato se extinga, por culpa grave del trabajador, las partes pactan lo siguiente: Tras la extinción del contrato quedará obligado el trabajador a abstenerse de trabajar para la competencia durante dos años. En el supuesto de extinción por culpa grave del trabajador, no tendrá la empresa la obligación de pagarle una compensación." El 11.11.1979 el agente notificó a la empresa su intención de finalizar la relación laboral y contrató con una empresa de la competencia. La empresa demandada consiguió haciendo una serie de concesiones que el demandado aceptara continuar trabajando para ella. El agente aceptó la oferta de la demandada pero se incorporó igualmente en la empresa de la competencia. En vistas de ello la empresa demandada despidió al agente e interpuso una demanda ante el Tribunal Territorial (*Landgericht*) exigiendo el cumplimiento por parte del agente de la cláusula de no competencia. El Tribunal Territorial (*Landgericht*) inadmitió la demanda. El Tribunal Territorial Superior (*Oberlandesgericht*) dio lugar al recurso interpuesto por la empresa y condenó al agente a

[63] CANARIS (1999), *Grundrechte und Privatrecht*, pp. 83-88; Ver también UNRUH (1996) *Dogmatik der Schutzpflichten*, pp. 83-87, 90, que cuestiona la necesidad de dicho principio: *"Bei der Erörterung der Reichweite der Schutzpflichten und ihrer Justitiabilität konnte gezeigt werden, dass die dogmatische Stringenz und auch die praktische Erforderlichkeit des Untermassverbotes fragwürdig sind."*

> cesar en su actividad actual y a abstenerse de trabajar para cualquier empresa dedicada a la comercialización de vinos en la República Federal alemana durante un período de dos años. El Tribunal Supremo Federal (*BGH*) inadmitió el recurso de casación interpuesto por el representante de comercio. El representante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), que dio lugar a dicho recurso y anuló la sentencia del Tribunal Supremo Federal (*BGH*). El Tribunal Supremo Federal (*BGH*) aplicó el ap. 2 inciso 2 del § 90 a *HGB*[*] [64], que el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) declaró inconstitucional por violar el derecho al libre ejercicio de una profesión consagrado en el art. 12 ap. 1 del GG. Dicho apartado preveía la pérdida del derecho a indemnización en el supuesto de que el despido y la consiguiente prohibición de competencia que recaía sobre el representante tuvieran su origen en la conducta gravemente culposa de éste. El Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) entendió que "tal sanción no es necesaria, para dar respuesta a la desventaja competitiva del empresario que despide; resulta excesiva para el representante de comercio por sus consecuencias restrictivas; es en suma desproporcionada."

El Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG)* construye su razonamiento del modo siguiente.

Primero afirma que la sujeción a una cláusula de no competencia, por un período de dos años y sin cobrar una compensación implica una injerencia en el derecho al libre ejercicio de una profesión.

---

[*] *Handelsgesetzbuch, Código de comercio alemán.*

[64] "§ 90 a del HGB:

(1) Un acuerdo, que limite la actividad comercial del representante de comercio (cláusula de no competencia) tras la finalización de la relación contractual, requiere de forma escrita y de la entrega por parte del empresario al representante de comercio de un acta firmada por el empresario, en que conste dicha cláusula. La cláusula de no competencia tiene una duración máxima de dos años tras la finalización del contrato. El empresario está obligado a pagar al representante de comercio mientras esté vigente la cláusula de no competencia una indemnización adecuada.

(2) El empresario puede hasta la finalización de la relación contractual renunciar a la cláusula con el efecto de que pasados seis meses desde su declaración de voluntad se liberará de la obligación de pago de la indemnización. Si el empresario extingue la relación contractual por culpa grave del representante de comercio, éste perderá su derecho a la indemnización."

Después pone de manifiesto que la injerencia no es atribuible a una actuación de los poderes públicos[65], sino que ésta tiene su origen en la disposición contractual que las partes han incluido en el contrato pactado. Si el Tribunal hubiera partido aquí de la concepción clásica de los derechos fundamentales como prohibiciones de injerencia dirigidas a los poderes públicos, se hubiera visto obligado a denegar el amparo. Pero el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG)* da unos pasos más.

Afirma que la cláusula contractual no hace sino reproducir la disposición legal aplicable, el inciso 2 del apartado 2 del § 90 a del *HGB*, que permite la adopción de este tipo de cláusulas[66]. Establece así una vinculación entre la violación del derecho y la actuación de un poder público, el legislador, que permite u omite prohibir dichos acuerdos.

Llega en este punto a CLAUS-WILHELM CANARIS y la idea del mandato de protección[67]. Acepta dicha idea y dicha función en abstracto. Se pregunta, en concreto, por los límites de dicho mandato de protección y por el alcance de éste.

---

[65] *Handelsvertreterentscheidung* (BVerfGE 81, p. 253): *"Diese weitreichende Beschränkung findet ihre rechtliche Grundlage allerdings nicht primär in staatlichem Handeln."*

[66] *Handelsvertreterentscheidung* (BVerfGE 81, p. 259: *"Damit hängt die Wirksamkeit der Wettbewerbsklausel von der Verfassungsmäßigkeit des § 90 Abs. 2 Satz 2 HGB ab".*

[67] *Handelsvertreterentscheidung* (BVerfGE 81, p. 255*: "Wo es an einem annäherndem Kräftegleichgewicht des Beteiligten fehlt, ist mit Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern". Así como: BVerfGE 81, p. 256: "Der entsprechende Schutzauftrag der Verfassung richtet sich hier an den Richter, der den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte in Fällen gestörter Vertragsparität mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen hat und diese Aufgabe auch auf vielfältige Weise wahrnimmt."*

Así, en el reconocimiento de la teoría de CLAUS-WILHELM CANARIS, se percibe la consciencia, por parte del Tribunal, del peligro que ésta podría entrañar, si se llevara al extremo.

La idea de protección no debe ser confundida con la de proteccionismo[68].

> En tanto que la cláusula de no competencia y la pérdida de la indemnización, han sido consentidas por el representante de comercio, que ha firmado el contrato, el control del contenido de dicha cláusula por parte de los poderes públicos es una forma de protección del representante frente a sí mismo. El proteccionismo de dicha medida radica en que los poderes públicos se sitúan en posición de revisar la voluntad expresa del ciudadano.

Además la protección de una parte no debe llevar a la desprotección de la otra[69].

> El control del contenido del contrato y la decisión de negar el reconocimiento a aquellas cláusulas que perjudican desproporcionadamente al representante de comercio, suponen una injerencia en el ejercicio de la libertad de contratación del empresario, al que la cláusula beneficiaba.

El mensaje del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG)* es, en conclusión, el siguiente: Acepta la función de los derechos fundamentales como mandatos de protección, pero sólo en circunstancias en que los sujetos de dichos derechos no están en posición de autoprotegerse. La norma general es que la Normal Fundamental parte de un ciudadano autoresponsable, capaz de regular sus relaciones y defender sus intereses frente a otros. La asunción de que el

---

[68] *Handelsvertreterentscheidung* (BVerfGE 81, p. 254)*: "Eine solche rechtsgeschäftliche Selbstbindung führt zwar zu einer Beschränkung beruflicher Mobilität, ist aber zugleich Ausübung individueller Freiheit."*

[69] *Handelsvertreterentscheidung* (BVerfGE 81, p. 261): "*Die weitreichende Gestaltungsfreiheit, die dem Gesetzgeber bei der Lösung dieser Aufgabe zusteht, ist nach beiden Seiten begrenzt, weil es sowohl für die Unternehmer als auch für die Handelsvertreter um grundrechtlich geschützte Positionen geht. Weder Freiheitsbeschränkung noch Freiheitsschutz dürfen in einer solchen Wechselbeziehung unverhältnismäßig sein*."

destinatario de las normas es libre y autosuficiente explicaría la concepción liberal del sistema constitucional[70].

b) La recepción en el ordenamiento español de la teoría de la doble naturaleza de los derechos fundamentales

El Tribunal Constitucional español aunque no se ha manifestado de forma clara[71] sobre cómo se producía la incidencia de las garantías constitucionales en las relaciones entre particulares, parece haber admitido la construcción de CLAUS-WILHELM CANARIS[72], en la que puede considerarse la sentencia más emblemática en la materia[73]:

> "Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del art. 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber

---

[70] *Handelsvertreterentscheidung* (BVerfGE 81, p. 254: *"Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich."*

[71] Sacan a la luz la falta de un pronunciamiento unívoco del Tribunal constitucional sobre la forma de vinculación: BILBAO UBILLOS (2007), „Die Einwirkung der Grundrechte auf das spanische Privatrecht", en: NEUNER (Hrsg.) *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 141: *"Streng genommen kann man nicht von einer einheitlichen und klaren Meinung des Verfassungsgerichts zu diesem Thema sprechen*"; DÍEZ PICAZO (2005), *Sistema de derechos fundamentales*, p. 148: "Ni siquiera la jurisprudencia constitucional parece guiarse por un criterio claro y constante, sino por consideraciones de justicia material." Así mismo: VENEGAS GRAU (2004), *Derechos fundamentales y derecho privado*, p. 171.

[72] ALFARO ÁGUILA-REAL (1993), *ADC,* p. 69 la ha reconocido claramente como la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y así lo afirma expresamente. BALLARÍN IRIBARREN (1988), *REDC*, p. 291, dice en el fondo lo mismo cuando manifiesta lo siguiente: "Si del plano de las afirmaciones generales pasamos al análisis de los caso concretos de Drittwirkung afirmada en particulares sentencias del tribunal, nos encontramos con que, en la mayoría de los casos, las anteriores se atienen a un reconocimiento (o atribución) de eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales que lleva a cabo el legislador."

[73] STC 18/1984 de 7.2.1984.

> que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas"

La recepción entre los autores españoles de la doctrina de CLAUS-WILHELM CANARIS no ha sido tan unánime como entre los alemanes. Pueden identificarse en la literatura española tres formas de reacción: Aquellos que han reconocido la aportación de CLAUS-WILHELM CANARIS, aquellos que la han criticado expresamente y aquellos que lo han hecho indirectamente.

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL[74], ENCARNA ROCA TRÍAS[75] han visto en CLAUS-WILHELM CANARIS la clave para la comprensión del problema.

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, MIGUEL RODRÍGUEZ–PIÑERO y Mª FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ[76] son abiertamente críticos con la doctrina alemana de los derechos fundamentales como mandatos de protección. Este primer autor la desecha porque entiende que en el ordenamiento español no existe una vía para exigir al legislador que cumpla dicho mandato[77]. JUAN

---

[74] ALFARO ÁGUILA-REAL (1993), *ADC,* pp. 65- 72.

[75] ROCA TRÍAS (1988), *Revista Jurídica de Catalunya*, p. 18: "Crec que en el sistema espanyol la quëstió s'ha d'enquadrar dins el marc que presenten els articles 9.1 y 2, 53 CE i 41 i ss. LOTC, on es regulen els recursos d'emparament; a més l'article 7 LOPJ estableix que els drets fonamentals reconeguts en els articles 14 i ss. de la Constitució "vinculan en toda su integridad a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. En especial los enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido." Aquesta disposició obliga directament els Jutges a aplicar la Constitució i, per tant, a aplicar el principi d'igualtat quan no hagi estat observat en les relacions entre particulars i el TC es remet als Jutges per reposar la igualtat o per assegurar el respecte a altres drets fonamentals."

[76] RODRÍGUEZ–PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986), *Igualdad y Discriminación*, pp. 264-267.

[77] BILBAO UBILLOS (2007), „Die Einwirkung der Grundrechte auf das spanische Privatrecht", en: NEUNER, JÖRG (Hrsg.) *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 137*: „Problematisch ist, dass die Erfüllung dieses Auftrags, der von der deutschen Rechtslehre als Schutzpflicht bezeichnet wird, seitens des Gesetzgebers als eine aus der*

MARÍA BILBAO UBILLOS cuestiona además que pueda hablarse de un derecho fundamental cuando su reconocimiento depende del legislador.

Otros especialistas españoles no se han pronunciado sobre CLAUS-WILHELM CANARIS[78], aunque sí lo han hecho sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Han criticado la solución adoptada por el Tribunal Constitucional español bajo el influjo del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG)*, achacándole una forma de proceder que algunos han denominado "la finta alemana"[79] y otros han tildado de artificiosa.

> LUÍS Mª DÍEZ PICAZO ha escrito sobre la eficacia horizontal y el proceder del Tribunal Constitucional español en la materia: "Ambas construcciones, inspiradas en un similar debate habido en Alemania, tienen algo de artificioso y a ninguna de ellas se ha adherido claramente el Tribunal Constitucional"[80]. LUÍS PRIETO SANCHÍS también se ha mostrado crítico con la idea de considerar las violaciones de los particulares como omisiones del deber de protección por parte de los poderes públicos: "La solución ha sido criticada y no sin fundamento. Aún cuando seguramente no es la construcción hermenéutica más forzada que ofrece la jurisprudencia constitucional, no cabe duda que tampoco resulta del todo satisfactoria: en suma, quien viola el derecho fundamental es un sujeto ajeno a la jurisdicción, en este caso un particular, y el tribunal ordinario lo único que hace es no ofrecer remedio, pero en modo alguno ser causa u origen de la lesión,

---

objektiven Dimension der Grundrechte abgeleitete Pflicht nicht gerichtlich überprüft werden kann, zumal eine Verfassungskontrolle aufgrund gesetzgeberischen Unterlassen in der spanischen Rechtsordnung nicht vorgesehen ist."

[78] VENEGAS GRAU (2004), *Derechos fundamentales y derecho privado*, pp. 174-178, aunque dedica unas páginas de su monografía a CANARIS, continúa después haciendo uso de la terminología "*Drittwirkung"* para acabar pronunciándose a favor de la *"unmittelbare Drittwirkung".* No queda por tanto muy clara su posición al respecto.

[79] GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO (1986), *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, p. 83, que afirman que el Tribunal Constitucional "ha seguido por lo general, el camino señalado por la Sentencia 78/82 – la "finta alemana"- consistente en negar que el amparo tenga por objeto el acto de un particular y en atribuir la lesión del derecho fundamental, por "deficiente tutela", a un acto judicial."

[80] DÍEZ PICAZO (2005), *Sistema de derechos fundamentales*, p. 146.

> menos aún origen inmediato y directo"[81]. JAVIER BALLARIN IRIBARREN[82] ha cuestionado la necesidad de adoptar construcciones como la de GÜNTHER DÜRIG o la de CLAUS-WILHELM CANARIS. Este autor sostiene que "la imputación a los órganos jurisdiccionales de la violación, por deficiente protección de lesiones causadas por particulares, no oculta el problema de la *Drittwirkung* de los derechos en particular, sino que parte de su afirmación (normalmente siguiendo los pasos del legislador); aquella no es "latente" sino "explícita." JAVIER BALLARIN IRIBARREN considera que en el ordenamiento español nada impide la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales, con lo que la teoría de la eficacia mediata o de los deberes de protección se convierte en obsoleta: "Pero si existe una vía preferente y sumaria de protección de esos derechos, no limitada por razón de los sujetos (el amparo judicial), si no hay punto de apoyo explícito en la Constitución para oponer una concepción doctrinal a esa ausencia de límites de índole subjetiva y existe, por el contrario, una inequívoca interpretación legislativa de la Constitución que persiste en no cerrar ese amparo judicial por razón de la fuente de la lesión, si se dan todas estas condiciones, es inevitable que aquellos intereses de cuya protección se trata se manifiesten a la vida jurídica precisamente como derechos subjetivos también frente a los particulares y en las relaciones jurídico-privadas de coordinación."

La doctrina mayoritaria alemana y española parece haber tomado aquí senderos distintos. En Alemania, a partir de CLAUS-WILHELM CANARIS, la discusión más relevante se ha centrado sobre todo en torno a la pregunta sobre si ciertos derechos fundamentales tenían o no naturaleza de mandato de protección. En cambio, en España, la doctrina sigue discutiendo, también, en términos de mediatez o inmediatez de la aplicación de los derechos fundamentales[83].

Aunque esa discusión no pueda darse por zanjada, en parte, por la falta de un pronunciamiento claro por parte del Tribunal Constitucional español sobre cómo vinculan ciertos derechos fundamentales a los particulares, lo que sí parece indiscutible

---

[81] PRIETO SANCHÍS (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, p. 217.

[82] BALLARÍN IRIBARREN (1988), *REDC*, p. 313.

[83] VENEGAS GRAU (2005), *Derechos fundamentales y Derecho privado*, p 231.

es que éstos quedan, en cierta medida, vinculados a la prohibición de discriminación:

> "Es posible entender que algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares y que, en tal caso, se encuentra el derecho a no ser discriminado que establece el art. 14 de la Constitución, cuando se trata de las discriminaciones típicas -por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social-".[84]

4. UWE DIEDERICHSEN y la crítica a CLAUS-WILHELM CANARIS. ¿Una vuelta al origen o un intento infructuoso?

La mayoría de los teóricos alemanes que se han ocupado del tema de la eficacia horizontal han partido ya siempre de las ideas de CLAUS-WILHELM CANARIS y se han concentrado en concretarlas o añadir otros aspectos, que permiten responder mejor a los distintos casos posibles. Podría asignarse a los autores alemanes, que han jugado un papel decisivo en la clarificación del problema, la condición de discípulos, en sentido amplio, de CLAUS-WILHELM CANARIS.

La crítica que parte de UWE DIEDERICHSEN, no consigue cuestionar la construcción dogmática de CLAUS-WILHELM CANARIS.

> La elección de ocuparme de la crítica formulada por UWE DIEDERICHSEN no es aleatoria. Hago referencia a él porque el propio CLAUS-WILHELM CANARIS dedicó una parte importante de la conferencia que pronunció ante la *Juristische Gesellschaft zu Berlin* el 10 de junio de 1998 -posteriormente publicada bajo el

[84] ATC 1.069/1987, 30.9.1989. El Tribunal Constitucional continúa: "No puede decirse lo mismo cuando se trata del ejercicio de derechos y de acciones en el que no es posible encontrar discriminación. Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario (salvo, en ocasiones, el principio de buena fe del art. 7 del Código Civil y la regla de comportamiento coherente en el establecida, que aquí están en cuestión), obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones en forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes, sin que, fuera de los mencionados casos de buena fe o abuso del derecho, se puedan medir los móviles que a tal actuación impulse."

> título: "*Grundrechte und Privatrecht"*- a responder a sus objeciones. Esto que me ha hecho presumir que tomó sus afirmaciones en serio. He cedido así la decisión sobre la importancia de la crítica al autor que fue objeto de ella.

Sus afirmaciones tienen algo de una "llamada al orden"[85] o de advertencia[86]. Reconduce la propuesta de CLAUS-WILHELM CANARIS a la teoría de la eficacia inmediata[87] con el argumento de que la una y la otra llevan al mismo resultado. De forma que, al afirmar UWE DIEDERICHSEN que CLAUS-WILHELM CANARIS está, en el fondo, defendiendo la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, trata de rebatirle con las objeciones que ya se han hecho a esa teoría. UWE DIEDERICHSEN centra su tesis en la idea de que la aplicación de los derechos fundamentales al derecho privado cuestiona su necesaria autonomía[88] o su posición especial[89] o privilegiada[90].

---

[85] Esta actitud se hace patente en el título elegido por DIEDERICHSEN (1998), *AcP,* p. 248 para uno de sus apartados: *"Schutz vor den grundrechtlichen Schutzpflichten".*

[86] DIEDERICHSEN (1998), *AcP,* p. 250: "*Schon jetzt ist absehbar, daß auf der Suche nach dem Kräftegleichgewicht der Vertragparteien eine Flut von Leitsätzen die Bürger um große Teile ihrer Vertragsfreiheit bringen wird."* También en: DIEDERICHSEN (1998), *AcP*, p. 251: *"Das alles zeigt, daß sich das BVerfG mit einer Ausweitung der Schutzpflichten in bedenklicher Weise jenseits des Prinzips der Gewaltenteilung manövriert und statt Belastungen abzubauen, neue aufbaut, die krebsartig weiterzuwuchern drohen."*

[87] DIEDERICHSEN (1998), *AcP,* p. 208: "[...] *so daß Canaris schließlich mit der ihm eigenen wissenschaftlichen Redlichkeit selbst eingesteht , seine "Ansicht laufe auf dasselbe Ergebnis wie die Lehre der unmittelbaren Drittwirkung hinaus"*. Muestra también la intención de DIEDERICHSEN de reconducir las construcciones teóricas de más peso al modelo de la eficacia inmediata, lo que escribe sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*): DIEDERICHSEN (1998), *AcP*, p. 234: "*Wir haben uns nämlich, wie mir scheint, viel zu lange von der "objektiven Werteordnung", unter der auch das Bürgerliche Recht steht und zu der keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift in Widerspruch stehen darf, gleichsam knebeln lassen und nicht bemerkt, daß wir uns damit im Grunde auf der Linie der unmittelbaren Drittwirkung bewegen."*

[88] DIEDERICHSEN (1998), *AcP*, p. 242: "*Nicht zuletzt kämen damit auch wieder Eigenwert und Eigenständigkeit des Zivilrechts zur Geltung, die zur Zeit nur allzu leicht von einem nur noch psychologisch zu verstehenden Grundrechtsengagement der Richter beim BVerfG verdrängt werden."*

La respuesta de CLAUS-WILHELM CANARIS a esa crítica de UWE DIEDERICHSEN es clara:

> "El derecho privado es derecho ordinario. Y está, como tal, en la construcción jerárquica del ordenamiento jurídico por debajo de la constitución."[91]

Ni la diferencia en la metodología del derecho privado y del derecho constitucional en la que insiste UWE DIEDERICHSEN[92], ni la idea de que el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) no puede convertirse en una instancia de superrevisión[93] cambia esa diferencia de rango.

a) Diferencias entre la teoría de la eficacia inmediata y la teoría de la doble naturaleza de los derechos fundamentales

Me parece importante responder a la equiparación que UWE DIEDERICHSEN hace de los resultados a que lleva la teoría de la eficacia inmediata y la de la doble naturaleza de los

---

[89] DIEDERICHSEN (1998), *AcP*, p. 227: *"Damit würde die wichtigste Stütze für die Sonderstellung des Zivilrechts wegbrechen".*

[90] DIEDERICHSEN (1998), *AcP,* p. 236: *"Und damit sind wir reif, für die Frage worin eigentlich die Privilegierung des Zivilrechts besteht, endgültig zu beantworten"* y en la página 237: *"Wird diese Privilegierung des Privatrechts in der Rechtspraxis in der Rechtspraxis des BVerfG beachtet und eingehalten? Sie wird es nicht!"*

[91] CANARIS (1999), *Grundrechte und Privatrecht*, p. 15: *"Das Privatrecht ist nämlich "einfaches" Recht. Und steht als solches im Stufenbau der Rechtsordnung im Range unter der Verfassung."*

[92] DIEDERICHSEN (1998), *AcP*, p. 220 afirma: *"Die hypertrophe Rechtsprechungstätigkeit des BVerfG, der eine "Hypertrophie der Grundrechte" entspricht, führt also tatsächlich zu einer Verdoppelung der Rechtsdogmatik bzw. zur Verdrängung der Zivilrechtsdogmatik."* Más adelante en la página 236 dice que *"die grundsätzliche verfassungsrechtliche Anerkennung des eigenständigen Werts der Zivilrechtsdogmatik gegenüber der Grundwerteordnung des Grundgesetzes"* Titula uno de los subapartados de su artículo de la forma siguiente: *"Die Überlegenheit der zivilrechtsdogmatischen Methode"* también en DIEDERICHSEN (1998), *AcP*, p. 243. y *"Verzicht auf zersetzende Eingriffe in die Zivilrechtsdogmatik",* p. 247.

[93] CANARIS (1999), *Grundrechte und Privatrecht*, pp. 27-29.

derechos fundamentales. La equivalencia a la que alude UWE DIEDERICHSEN da a entender su denuncia del carácter trivial de la aportación de CLAUS-WILHELM CANARIS. Algo similar ocurría en la doctrina mayoritaria española que persistía en la dualidad del problema de la eficacia horizontal —sólo la mediatez o inmediatez de la aplicación de los derechos fundamentales se presentan como soluciones posibles—. El lector se pregunta entonces si la teoría de la doble naturaleza de los derechos fundamentales añade algo valioso a lo preexistente.

La teoría de la eficacia inmediata se apoya en la asimilación de los actos de los particulares a los de los poderes públicos, ya sea como hace JÜRGEN SCHWABE, a través de la idea de delegación[94] o como hace HANS NIPPERDEY apelando a los "poderes fácticos". La teoría de la eficacia inmediata sigue anclada en la idea de poder, sigue concibiendo la aplicación de los derechos fundamentales como la solución a una forma de relación en que una de las partes tiene poder sobre la otra. Aunque HANS NIPPERDEY hable de la eficacia absoluta de los derechos fundamentales sigue necesitando del desequilibrio concreto de fuerzas para sustentar su teoría[95].

En la teoría de CLAUS-WILHELM CANARIS, la sujeción de los particulares a los derechos fundamentales parece justificarse

---

[94] La crítica de fondo que hace DIETLEIN (2005), *Die grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 39, a SCHWABE cuando éste atribuye toda conducta particular no prohibida al Estado porque éste al no prohibirla la está permitiendo es la siguiente: *"Wenn dem Staat die stillschweigende oder ausdrückliche Gestaltung privater Eingriffe in grundrechtlich geschützte Güter und Freiheiten als Eingriff zugerechnet werde, so setze dies logisch vorrangig die Pflicht des Staates, solche Eingriffe abzuwehren, also die zu begründende Schutzpflicht selber, als a priori bestehende Rechtspflicht voraus."*

[95] NIPPERDEY (1961), "Grundrechte und Privatrecht", en: NIPPERDEY (ed.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag,* p. 28: "*Ich habe schon angedeutet. Dass die absolute Anwendung von Grundrechtsnormen besonders da geboten ist, wo es sich um die Ausübung privater oder auch nur tatsächlicher Macht einer Privatperson gegenüber einem einzelnen handelt, da hier die Parallele zum Verhältnis zwischen Staat und Bürger offensichtlich naheliegt."*

en la protección del valor en sí mismo[96] y en la amenaza que un particular puede suponer para dicho valor.

> JOHANNES DIETLEIN pone de manifiesto esta idea al afirmar: "Cuando el art. 2.2.1 de la Norma Fundamental garantiza el derecho a la vida a todo sujeto de derechos fundamentales, puede que esto esté pensado, en principio, como una prohibición de injerencia. Objetivamente el derecho fundamental contiene una prohibición dirigida al Estado de destruir la vida humana concreta. Mediante simple abstracción, es decir mediante la disolución del sujeto de derecho individual la norma contiene la prohibición de destruir la vida humana.; un enunciado, cuya validez constitucional queda confirmada por el art. 102 de la Norma Fundamental. Si abstraemos además también al obligado del enunciado jurídico, queda la "vida", como un valor a conservar y un "principio" a optimizar."[97]

b) Los poderes públicos también como entes protectores de los ciudadanos

Aquí hay una diferencia, que tiene repercusión en el tema de este trabajo. Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE prescinden de la idea de desequilibrio de fuerzas o de poder y obligan a respetar el principio de no discriminación a todo particular que se relaciona con otro. Rompen ahí con esa

---

[96] CANARIS (1984), *AcP,* pp. 225, 226*: "Die entscheidende Grundlage für die Einwirkung der Grundrechte auf das Verhalten der Privatrechtssubjekte liegt m. E. Vielmehr in einer anderen Funktion der Grundrechte, die das Bundesverfassungsgericht aus ihrem Charakter als Grundsatznormen hergeleitet hat. [...] Der Staat ist verpflichtet, die in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Werte und Rechtsgüter gegen Verletzungen zu schützen."*

[97] Esta idea es la que expresa DIETLEIN (2005), *Die grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 61: cuando afirma: "*Wenn Art. 2 Abs.2 S. 1 GG jedem Grundrechtsträger das Recht auf Leben garantiert, so mag dies zunächst gedacht sein als subjektives Abwehrrecht. Objektiv beinhaltet das Grundrecht ein Verbot an die Adresse das Staates, das konkret geschützte menschliche Leben zu zerstören. Durch einfache Abstraktion, d.h. durch die Loslösung von einem individuellen Rechtsträger beinhaltet die Norm das Verbot, menschliches Leben zu vernichten; eine Ausage, deren verfassungsrechtliche Geltung durch Art. 102 GG bestätigt wird. Abstrahiert man nunmehr auch den Rechtsverpflichteten aus dem Rechtssatz, so bleibt der Wert "Leben" zurück, der als "erhaltungswürdig" eingestuft bzw. Als "Prinzip" zu "optimieren" ist."*

tradición que concibe los derechos fundamentales tan sólo como una respuesta a la amenaza que proviene del Estado todopoderoso. El Estado, que interviene en las relaciones entre particulares a efectos de posibilitar que se establezca entre ellos un trato respetuoso, aparece no como una instancia de poder sino como un ente al servicio de la política, entendida como una forma de relación.

Esta concepción empieza a vislumbrarse en la teoría de CLAUS-WILHELM CANARIS, de acuerdo con la cual la Constitución otorga a los poderes públicos no sólo el lugar del que puede amenazar los derechos del individuo *(Eingriffsverbot)* sino del que debe protegerlos *(Schutzgebot)*.

Sin embargo, en CLAUS-WILHELM CANARIS, todavía prevalece la desconfianza frente al Estado sobre la creencia en sus posibilidades, como muestra el hecho de que este autor defienda que la eficacia de la función de protección es, en principio, menor que la de la función de prohibición de injerencia[98].

Las razones de esa distinta intensidad de la "prohibición de injerencia" y del "mandato de protección" son, según CLAUS-WILHELM CANARIS, dos.

La primera es la idea de que "una amplia protección de los ciudadanos es fácticamente imposible y lleva además a una insostenible tutela, así como a insostenibles injerencias en derechos fundamentales[99]."

La segunda razón es el necesario respeto a la autonomía del derecho privado y al principio de autonomía privada.

---

[98] CANARIS (1999), *Grundrechte und Privatrecht*, p. 43: *"[…] die Wirkungskraft der Schutzgebotsfunktion i. V. mit dem Untermaßverbot grundsätzlich schwächer ist als die der Eingriffsverbotfunktion i. V. mit dem Übermaßverbot."*

[99] CANARIS (1999), *Grundrechte und Privatrecht*, p. 44*: "[...] ein umfassender Schutz der Bürger faktisch gar nicht möglich ist und überdies zu einer untragbaren Bevormundung sowie zu ebenso untragbaren Eingriffen in Grundrechten".*

> "Desde el punto de vista de la problemática actual, hay que añadir, para acabar, que a la acuciante pregunta sobre el efecto que tiene el respeto a la autonomía del derecho privado y, en especial, la autonomía privada […] no puede darse una respuesta adecuada si no es afirmando: justamente a través de la menor eficacia de la función de mandato de protección y el *Untermaßverbot*[100]."

El problema que plantean estos dos argumentos de CLAUS-WILHELM CANARIS es que parten de dos asunciones cuestionables.

CLAUS-WILHELM CANARIS, como UWE DIEDERICHSEN, parece concebir la idea de protección estatal, sobre todo, como prestación social:

> "Con la ayuda de los mandatos de protección las prohibiciones de injerencia se convierten en verdaderas pretensiones prestacionales. Si uno se deja arrastrar por la fuerza de los mandatos de protección social, uno percibe porqué el Tribunal Constitucional ha dejado un amplio margen de apreciación al legislador[101]."

Queda este autor atrapado en la dualidad Estado liberal, Estado social, tratando de mantener el equilibrio entre el extremo de la no intervención y el del proteccionismo. Sin embargo, la necesidad de protección que se deriva de la teoría de los derechos fundamentales como mandatos de protección no es idéntica a la que conlleva la idea de Estado social.

---

[100] CANARIS (1999), *Grundrechte und Privatrecht*, p. 45: *"Aus der Sicht der vorliegenden Problematik ist schließlich hinzuzufügen, daß man auf die bohrende Frage, wie sich denn eigentlich der Respekt vor der Eigenständigkeit der Privatrechts und insbesondere vor der Privatautonomie […], keine adäquate Antwort geben kann, wenn man nicht sagen kann: eben durch die schwächere Wirkungskraft von Schutzgebotsfunktion und Untermaßverbot!"*

[101] DIEDERICHSEN (1998), *AcP,* p. 250: *"Mit Hilfe der Schutzpflichten werden aus den ursprünglichen Abwehrrechten nun echte Leistungsansprüche. Verfolgt man die Schubkraft der sozialen Schutzpflichten, begreift man warum das BVerfG dem Gesetzgeber für die Erfüllung der staatlichen Schutzpflichten einen weiten Ermessensspielraum zubilligt."*

PETER UNRUH saca a la luz la diferencia de forma clara: „En tanto que hablamos de contenidos concretos, el principio de estado social obliga al poder estatal, ante todo al legislador, a procurar justicia y seguridad social por medio del reparto material de recursos. El objetivo de la doctrina de los mandatos de protección consiste, por el contrario, en la garantía y conservación de los bienes jurídicos existentes y no en la mejora de las condiciones de vida en el sentido de los derechos prestacionales[102]."

c) La protección estatal no sólo como redistribución de recursos sino como garantía de bienes jurídicos

Hay una diferencia entre garantizar el disfrute de un determinado bien jurídico e imponer el reparto de recursos materiales. Aunque es cierto que los recursos materiales son limitados, la disponibilidad sobre ciertos bienes jurídicos no debe necesariamente topar con límites. El bien que nombra el derecho a no ser discriminado, entendido como derecho a una forma de trato, no se agota. El límite está en la disposición de los ciudadanos a respetar ese bien, que es un límite de otro orden.

Esto conecta con el segundo argumento en que CLAUS-WILHELM CANARIS apoya la menor intensidad de los mandatos de protección, la necesidad de respetar la autonomía privada. Así, aunque pretender de los ciudadanos que éstos respeten el derecho de otros a no ser discriminados no es materialmente imposible, esto podría limitar demasiado su autonomía, poner en peligro su individualidad. ¿Qué sentido

[102] UNRUH (1996), *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten,* p. 49: *"Sofern aber von konkreten Gehalten gesprochen werden kann, so verpflichtet das Sozialstaatsprinzip die Staatsgewalt, primär den Gesetzgeber, soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherheit im Wege materieller Umverteilung herzustellen. Das Anliegen der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten besteht im Gegensatz dazu in der Gewährleistung, bzw. Konservierung bestehender Rechtsgüter und nicht in einer Verbesserung der materiellen Lebensumstände im Sinne der Leistungsrechte."*

tendría entonces que el texto constitucional, que protege ciertos bienes por considerarlos condición necesaria del libre de desarrollo de la personalidad, olvidara el fin último que persigue? La concepción liberal[103] de la Constitución, que pone en el centro al individuo, es incompatible con una forma de protección de unos valores —valores que encarnan los derechos fundamentales— que adoctrina al individuo y le priva de los ámbitos necesarios de libertad para poder desarrollar una personalidad propia.

La crítica a la intervención excesiva por parte del Estado está justificada, aunque se sustenta, en parte, en la convicción de que es posible una autodeterminación individual, independiente del entramado social. La necesidad de aprender a hablar, de aprender la lengua materna, y por tanto de relacionarse con otro, como condición necesaria para poder ser individuo muestra lo ficticia que es la idea de la autodeterminación. De hecho, en la libertad de contratación, ya se adivina que una parte importante de la libertad consiste

---

[103] HILLGRUBER (2002), *Grundgesetz-Mitarbeiterkommentar,* Art. 2 I, Mg. 40: *"Im Grundrechtsbereich wird die Freiheit des Bürgers als dem staatlichen Recht vorausliegend und prinzipiell unbegrenzt gedacht und erfährt durch dieses Recht erst nachträglich und von aussen her Einschränkungen im Hinblick auf das gemeine Wohl und zur Gewährleistung der gleichen Freiheit der anderen."*. Así como en HILLGRUBER (1992) *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, p. 61: *"Stellt das Grundgesetz die freiheitliche Verfassungsordnung im vernunftrechtlichen Sinne dar?"* HILLGRUBER se pregunta si la Constitución instaura un orden constitucional liberal en sentido racionalista, pero presupone que el orden impuesto es liberal. También JESTAEDT y BRITZ asumen la concepción liberal de la Norma Fundamental alemana, como confirma GROB (2004), *VVDStRL*, p. 409: en la discusión en que siguió a las ponencias de ambos autores *"Ich denke, wir sind uns einig, dass beide Referate von einem liberalen Grundrechtsverständnis ausgegangen sind, und wahrscheinliche würden auch beide –Referentin und Referent- bei konkreten Fallkonstellationen überwiegend zu vergleichbaren Ergebnissen kommen"*; CANARIS (1999), *Grundrechte und Privatrecht*, p. 40; También NEUNER (2003), *JZ,* p. 59, que afirma: *"Der Preis einer solchen freiheitlichen Wirtschaftsordnung sind systemimmanente Diskriminierungen."* DIETLEIN (2005), *"Die grundrechtlichen Schutzpflichten"*, p. 29: *"Denn [...] eine objektivierte Wertdurchsetzung durch den Staat bedeutet eine Verdrehung der freiheitlichen Grundkonzeption der Grundrechte [...]."*

en poder ponerse de acuerdo con el otro. Además, pensar la autonomía o libertad como algo previo a la idea de sistema jurídico es concebirla como la posibilidad de, en última instancia, imponer la propia voluntad por la fuerza, es decir como poder. Los colectivos, que por ser diferentes de otros en rasgos visibles como son el sexo o el color de la piel han sido en parte excluidos de la cosa pública, muestran muy claramente las limitaciones de una libertad prejurídica.

Partiendo de esto, no es tan evidente lo que sostenía CLAUS-WILHELM CANARIS de que el derecho a no ser discriminado como mandato de protección debe tener menos eficacia que como prohibición de injerencia. Pero, en todo caso, independientemente de esta puntualización, los autores que han continuado avanzando en el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales han tomado la teoría de CLAUS-WILHELM CANARIS como método.

d) El fracaso de la crítica a la teoría de la doble naturaleza de los mandatos de protección

Los ataques al CLAUS-WILHELM CANARIS artífice de la doble naturaleza de los derechos fundamentales, de los que se hace eco UWE DIEDERICHSEN, no han logrado abrir un camino alternativo al señalado por CLAUS-WILHELM CANARIS.

UWE DIEDERICHSEN propone una inviable vuelta al inicio:

> "¡Lo que puede inferirse de la Constitución! Si hubiéramos permanecido en la concepción de los derechos fundamentales como prohibiciones de injerencia por parte del Estado, la respuesta resultaría fácil: ¡Nada! Su conversión en un sistema de valores fundamentales nos deparó el problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales[104]."

[104] DIEDERICHSEN (1998), AcP, p. 257: *"Was man aus der Verfassung ableiten kann! Wäre man bei der Konzeption der Grundrechte als Abwehrrrechte gegenüber dem Staat stehen geblieben, wäre die Antwort leicht gefallen: Gar nichts! Ihre Umwandlung in eine Grundwerteordnung bescherte uns das Problem der Drittwirkung der Grundrechte."*

Inviable por algo que JOHANNES DIETLEIN expresa de forma negativa:

> "La limitación del poder estatal, sin embargo, no fue nunca ni es el fin estatal en sentido estricto, sino que presupone esos fines, por los que se constituye el Estado y por los que se le confiere ese poder, que debe ser canalizado y limitado."[105]

Y que el propio UWE DIEDERICHSEN reconoce de forma positiva:

> "El Tribunal Federal Constitucional Alemán no puede realizar lo que la Norma Fundamental promete[106]."

El texto constitucional está entonces prometiendo algo y de lo que se trata aquí es justamente de determinar el qué.

5. La discusión sobre la naturaleza de mandato de protección de la prohibición de discriminación

Afirmar, como hacen GABRIELE BRITZ [107], MATTHIAS JESTAEDT [108] o JÖRG NEUNER[109], que el derecho a no ser discriminado,

---

[105] DIETLEIN (2005), *"Die grundrechtlichen Schutzpflichten"*, p. 23: *"Die Begrenzung staatlicher Macht aber war und ist niemals Staatszweck im eigentlichen Sinne, sondern setzt eben jene Zwecke voraus, um derentwillen "Staat" gebildet wird und um derentwillen dem Staat jene Macht verliehen wird, die es zugleich zu kanalisieren und zu begrenzen wird."*

[106] DIEDERICHSEN (1998), AcP, p. 251: *"Das BVerfG kann offenbar nicht einlösen, was das Grundgesetz versprochen hat"*.

[107] BRITZ (2004), *VVDStRL,* pp. 361, 362: *"Mangels unmittelbarer Drittwirkung müsste sich –damit die Diskriminierungsverbote horizontale Wirkung entfalten können– eine Verpflichtung des Staates konstruieren lassen, vor privater Diskriminierung durch Dritte zu schützen. Dies wird hier jedoch im Gegensatz zu anderen Grundrechten weitgehend abgelehnt bzw. auf bestimmte Konstellationen beschränkt."*

[108] JESTAEDT (2004), *VVDStRL,* p. 345: *"Es ist daher, nimmt man die Textierung von Art.3 Abs. 2 S. 2 GG hinzu, nicht von einer echten grundrechtlichen Schutzpflicht auszugehen. Die dort aufgerichtete Förderpflicht ist vielmehr als Staatszielbestimmung aufzufassen."*

no tiene naturaleza de mandato de protección, equivale a decir que la Constitución promete más bien poco en lo que se refiere a la prohibición de discriminación.

MATTHIAS JESTAEDT defiende su posición al respecto con el argumento de que en el caso de la discriminación, no se da el peligro de injerencia por parte de los particulares en el bien protegido, que caracteriza a los mandatos de protección[110].

a) JÖRG NEUNER y la categorización de las conductas discriminatorias en injerencias y "negativas a prestar"

JÖRG NEUNER razona de forma parecida a MATTHIAS JESTAEDT, pero precisa ese argumento y propone distinguir dos tipos de supuestos de discriminación entre particulares.

Una primera categoría, que abarcaría conductas como los actos de violencia, las injurias, los atentados contra el honor, cuya motivación es discriminatoria. En estos casos la conducta del ciudadano discriminador sí puede ser considerada una injerencia por parte de éste en un derecho de la víctima. En tanto que las injerencias en el derecho a no ser discriminado se solapan con injerencias en otros derechos como son la dignidad o la integridad física, los deberes de actuación de los poderes públicos dimanan del mandato de protección contenido en tales derechos.

Una segunda categoría se referiría básicamente a las negativas a contratar con alguien o a hacerlo en las mismas condiciones que con otros, debido a su sexo u origen étnico.

---

[109] NEUNER (2003), *JZ,* p. 60: *"Isoliert betrachtet, entfalten insbesondere Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG weder eine unmittelbarer noch eine originäre Schutzpflicht"*.

[110] JESTAEDT (2004), *VVDStRL*, p. 345: *"Die für eine Schutzpflicht typische Gefahr privater Übergriffe auf das grundrechtliche Schutzgut wird weder behauptet noch begründet, infolge der Eigenart des Schutzgutes, auch schwer darzulegen sein. Die Versagung der Mitwirkung an der privatgeschäftlichen Rechtskreiserweiterung des Diskriminierungsopfers lässt sich eben nicht in einen rechtskreisverkürzenden Übergriff durch den Diskriminierer umdeuten."*

Estas conductas discriminatorias plantean la dificultad de que "aún cuando uno puede ver también en tal pasividad un acto análogo a una injerencia en los derechos de la personalidad, se trata principalmente de una omisión y la consecuencia jurídica demandada es una prestación originaria y no la evitación o compensación de un daño[111]."

> "Independientemente de cómo se manifieste la intención de menosprecio, se trata en el caso de la negativa a contratar por motivos discriminatorios de una simple omisión, irrelevante desde el punto del estado de derecho, pero a las que la concepción social de la Norma Fundamental, impone obligaciones de actuación. Dichas obligaciones encuentran su fundamento en la protección de la personalidad, que no se limita a un derecho formal de autodeterminación sino que abarca también elementos prestacionales[112]."

Para JÖRG NEUNER el problema radica en que hacer efectivo el derecho a no ser discriminado en estos casos supondría imponer al discriminador no ya, la obligación de abstenerse de dañar los derechos de la víctima, sino una actuación positiva[113].

---

[111] NEUNER (2003), *JZ,* p. 58: *„Man kann zwar auch in einer solchen Passivität letztlich einen eingriffsähnlichen Akt in Bezug auf das Persönlichkeitsrecht sehen, doch handelt es sich zumindest schwerpunktmäßig um ein Unterlassen und die begehrte Rechtsfolge ist eine originäre Leistung und nicht die Verhinderung oder Wiedergutmachung eines Schadens."*

[112] NEUNER (2003), *JZ*, p. 59: *"Wie immer sich die missbilligende Intention auch äußert, handelt es sich bei der [diskriminierenden] Vertragsverweigerung als solcher in erster Linie um ein bloßes Unterlassen, das nach minimalstaatliche Vorstellungen irrelevant bleibt, dem die sozialstaatliche Konzeption des Grundgesetzes jedoch mit Handlungspflichten begegnet. Diese Handlungspflichten sind wiederum im Schutz der Persönlichkeit begründet, welche sich nicht auf ein formales Selbstbestimmungsrecht beschränkt, sondern auch teilhaberechtliche Elemente umfasst".*

[113] NEUNER (2006), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, p. 78*: "Der Diskriminierende greift hier regelmäßig in keine fremde Rechte ein, sondern er wird umgekehrt durch Benachteiligungsverbote zu bestimmten rechtsgeschäftlichen Entscheidungen gezwungen."*

b) La crítica a la dualidad estado liberal, estado social

El tratamiento que JÖRG NEUNER da al problema de la discriminación entre particulares bebe de una distinción, que ya se percibía en CLAUS-WILHELM CANARIS y a la que ya he hecho alusión, entre un ideal de justicia correctiva que se corresponde con el Estado liberal y un ideal de justicia distributiva que aparece en el Estado social.

El Estado constitucional pretende tan sólo proteger los bienes del individuo frente a las amenazas que provienen de otros particulares o distribuir dichos bienes entre los ciudadanos. Son éstas las dos formas de relación no política entre el individuo y los poderes públicos que los textos constitucionales parecen prever.

Sin embargo, el fenómeno de la discriminación no es fácilmente reconducible a ninguna de estas formas de justicia. Es cierto que, en muchos casos, integra aspectos de una injerencia en los derechos de la personalidad de la víctima y que en otros puede llevar a una situación de exclusión social de ésta, que la haga depender de prestaciones sociales.

Pero el problema de la discriminación está en otro lugar, en el hecho de que los integrantes de ciertos colectivos no han podido participar activamente en la configuración de los sistemas políticos ni jurídicos, en los que han sido integrados. No se les ha dado voz cuando se trataba de definir cuáles eran los bienes a proteger o a distribuir. No se han tenido en cuenta sus preferencias al determinar aquellos derechos que eran fundamentales para el desarrollo de la personalidad.

> "Este feminismo protesta contra esa premisa, de la que parten tanto las políticas de equiparación liberales como las políticas de equiparación ligadas al Estado social, a saber, contra el supuesto de que la igualdad de derechos de los géneros puede conseguirse

> dentro del marco institucional existente y dentro de una cultura definida y dominada por los hombres[114]."

Sólo puede darse respuesta a la discriminación garantizando la inclusión de los colectivos excluidos, garantizando su participación activa en la comunidad, tendiendo a un ideal de justicia participativa. Los textos constitucionales sí conocen ese ideal de justicia y lo imponen al establecer el principio democrático. Sin embargo, justamente al actuar como límite a ese principio, al establecer un catálogo de derechos fundamentales que vinculan al legislador democrático, entran en una contradicción, que se hace patente en el derecho a no ser discriminado. No ser discriminado supone justamente ser tenido en cuenta también como autor, en la definición de esos derechos.

> "De ello se sigue la consecuencia que nos importa en nuestro contexto. Ninguna regulación, por sensible que sea al contexto, podrá concretizar de forma adecuada el igual derecho a una configuración de la propia existencia, si simultáneamente no refuerza la posición de la mujer en el espacio público–político, fomentando así la participación y comunicación políticas, que es el único lugar dónde cabe aclarar los aspectos relevantes para un trato igual[115]."

c) La prohibición de discriminación como mandato de protección

Puesta en el entresijo de tener que decidir, asumiendo la lógica constitucional, entre si una negativa discriminatoria a contratar es una injerencia en los derechos de la personalidad de la víctima o una omisión de una prestación, considero,

---

[114] HABERMAS (1998), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 507, traducción española de JIMÉNEZ REDONDO (edición original, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1997).

[115] HABERMAS (1998), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 511, traducción española de JIMÉNEZ REDONDO (edición original, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats,* 1997).

como GABRIELE BRITZ que "quien niega la celebración de un contrato en las mismas condiciones debido a una característica que es objeto de rechazo, no omite simplemente una prestación sino que interfiere activamente, al excluirle, en los intereses de otro[116]."

La clave está en la idea de la exclusión y no tanto en la garantía del derecho al acceso a unos bienes concretos. La posibilidad de ser excluido del intercambio económico únicamente por reunir ciertas características individuales, sí supone una amenaza que podría justificar que los poderes públicos protejan al individuo frente a dicha exclusión.

Superadas esas objeciones más técnicas, la defensa de la naturaleza de mandato de protección del derecho a no ser discriminado, contenido en el art. 3 ap. 3. 1[117] de la Norma Fundamental alemana, se apoya en una interpretación histórica del texto constitucional.

La idea de la negación de los horrores del nacionalsocialismo, preside como paradigma negativo[118], el texto constitucional alemán. El antisemitismo es definitorio del nacionalsocialismo. Cumplir el objetivo de negar sus horrores exige de la adopción de medidas para evitar conductas discriminatorias. Podría aquí afirmarse que la Norma Fundamental se limita a exigir del Estado que se abstenga de discriminar, porque ve el nacionalsocialismo como un régimen totalitario que sometía a su población[119]. A eso hay que

---

[116] BRITZ (2004), *VVDStRL,* p. 391:„*Wer einen Vertragsschluss zu gleichen Bedingungen wegen eines verpönten Merkmals verweigert, unterlässt nicht bloß eine Leistung, sondern greift durch Ausgrenzung aktiv in die Interessen eines anderen ein.*"

[117] „Art. 3 (3) .1 Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas."

[118] NEUNER (2003), *JZ,* p. 60: *„Jenes geschichtlich überlieferte Straßenbild, mit seinen judenfeindlichen Verbotsschildern in den „arischen" Läden und den SA-Posten vor den „jüdischen" Geschäften, steht gleichsam al Negativparadigma hinter Art. 1 GG."*

[119] En cierto modo a eso apuntaba un primer proyecto de preámbulo, propuesto por el consejo parlamentario en octumbre de 1948, que empezaba de la siguiente forma: *„Die nationalsozialistische*

objetar que "[r]esponde a una percepción selectiva de la historia limitar la ruptura de la Norma Fundamental con el nacionalsocialismo a una ruptura con el terror estatal. La intención del constituyente histórico consistía, antes bien, en atajar excesos privados y exclusiones con el mismo énfasis[120]. "

De hecho, el Consejo parlamentario al elaborar la Norma Fundamental justificó la mención expresa de los criterios de diferenciación previstos en el art. 3 ap. 3. 1, entre los que se cuentan el sexo y el origen étnico, justamente haciendo alusión a la historia alemana. Las experiencias del pasado de exclusión sistemática de determinados individuos debido a su pertenencia a ciertos colectivos también por parte de los particulares, hacían necesaria la prohibición de esas conductas.

En este contexto no es de extrañar que la mayoría de constitucionalistas sí entiendan que la Norma Fundamental alemana contiene, en su art. 3 ap. 3. 1, un mandato de protección frente a ciertas discriminaciones acaecidas entre particulares[121].

Zwingherrschaft hat das deutsche Volk seiner Freiheit beraubt; Krieg und Gewalt haben die Menschheit in Not und Elend gestürzt. [...]

[120] NEUNER (2003), *JZ,* p. 60: *"Es entspricht einer selektiven geschichtlichen Wahrnehmung, wenn man die Abkehr des Grundgesetzes vom Nationalsozialismus auf eine Abkehr vom Staatsterror reduziert. Die Absicht des historischen Verfasungsgebers bestand vielmehr darin, mit gleichem Nachdruck private Exzesse und Ausgrenzungen zu unterbinden."*

[121] Que muchos autores consideran la prohibición de discriminación como mandato de protección, queda claro en la discusión que siguió a las ponencias de la *"Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer"* celebrada en Jena, del 6 al 9 de octubre de 2004: MAGER (2004), *VVDStRL*, p. 417: *"Frau BRITZ, ich möchte Kritik üben an Ihrer These 4, und zwar insoweit Sie darin dem Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG jede Schutzfunktion und damit letztendlich die Wirkung zwischen Private absprechen."* SCHACHTSCHNEIDER (2004), *VVDStRL*, p. 418: *"Die Rechte und die verfassungsmäßige Ordnung dürften wohl in Deutschland und nach dem zweiten Weltkrieg ganz wesentlich in Art. 3 Abs. 3 GG formuliert worden sein. [...] Insofern ist Art 3 Abs. 3 GG die wirkliche Grundlage und Rechtfertigung der Antidiskriminierungspolitik, für welche wir die Richtlinie der Europäischen Union nicht brauchen."* SACHS (2004),

Pero los argumentos para afirmar la naturaleza de mandato de protección del derecho a no ser discriminado no son tan sólo históricos, existe una vinculación entre la prohibición de discriminación y el principio democrático que sustenta dicha lectura:

> "La conexión entre la integración y la protección ante la discriminación emerge claramente, cuando uno echa una ojeada a la discusión americana sobre el derecho y la teoría constitucional y toma nota de que allí la legislación para la erradicación de la discriminación sirvió a la superación de las divisiones sociales, a la realización del reconocimiento recíproco como miembros de una comunidad política. La legislación de prohibición de la discriminación debía impedir la fragmentación de la comunidad política y tenía por tanto una función profundamente democrática. En ella se reflejaba el conocimiento de que sin igualdad de oportunidades en lo económico toda igualdad en los derechos de participación política tenía que desaparecer[122]."

VVDStRL, p. 419*: "Es ist schon erwähnt worden: Schutzpflichten, ich meine Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 3 sollte sich leicht ableiten lassen."* ILIOPOULOS-STRANGAS (2004), *VVDStRL,* p. 421: *"Grundsätzlich besteht eine Schutzpflicht".* RUFFERT (2004), *VVDStRL*, p. 422: *"Wenn man die Seite der Diskriminierungsverbote in den Blick nimmt, dann kommt man zu dem gleichen Ergebnis wie Frau MAGER, Herr SACHS und Herr SCHACHTSCHNEIDER, dass eben vielleicht doch in Art. 3 Abs. 3 S. 1 "Kerne" enthalten sind, die über Schutzpflichten zu bewahren sind."* Además SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 80: *"Für eine Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 3 spricht schon dessen Wortlaut".* DIETLEIN (2005), *Die grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 84: *"Objektive Wertentscheidungen können dagegen sowohl aus Absatz 2 wie aus Absatz 3 des Art. 3 GG entnommen werden."*

[122] NETTESHEIM (2004), *VVDStRL*, p. 410: *"Der verfassungstheoretische Zusammenhang von Integration und Diskriminierungsschutz tritt deutlich hervor, wenn man einen Blick in die amerikanische Verfassungsrechts- und Verfassungstheoriediskussion wirft und zur Kenntnis nehmen muss, dass die Antidiskriminierungsgesetzgebung dort der Überwindung gesellschaftlicher Spaltung, der Einbeziehung von bislang gesellschaftliche nicht integrierten Gruppen, ja auch der Durchsetzung gleicher gegenseitiger Anerkennung als Mitglieder einer politischen Gemeinschaft diente. Antidiskriminierungsgesetzgebung sollte der Fragmentierung der politischen Gemeinschaft entgegenwirken und hatte deshalb eine zutiefst demokratische Funktion. In ihr spiegelte sich das Wissen, dass ohne Chancengleichheit im Wirtschaftlichen alle*

6. La prohibición de discriminación como principio rector

En todo caso seguir a JÖRG NEUNER en el intento de reconducir los distintos casos de discriminación bien a atentados contra la dignidad, bien a supuestos de dependencia material de la víctima de la discriminación, le está negando entidad propia al fenómeno de la discriminación y a la protección constitucional frente a ésta. Él mismo admite algo de este orden cuando afirma que el principio de igualdad cumple simplemente una función de indicador o indiciaria en la determinación de los mandatos de protección así como en la constatación de la eficacia horizontal de la dignidad y los derechos fundamentales[123].

A una conclusión similar llega MATTHIAS JESTAEDT cuando concluye que las prohibiciones de discriminación del art. 3 ap. 3 de la Norma Fundamental no pueden ser consideradas mandatos de protección y que tan sólo podrán ser considerados principios rectores del Estado la prohibición de discriminación por razón de sexo y discapacidad, contenidas en el art. 3 ap. 2 y en el art. 3 ap. 3. 2 de la Norma Fundamental[124].

Gleichberechtigung bei den politischen Partizipationsrechten verpuffen müssen.„

[123] NEUNER (2003), *JZ,* p. 60: *"Die besonderen Gleichheitsätzen haben lediglich eine Massstabsfunktion und Indizwirkung bei der Bestimmung einzelner Schutzpflichten sowie bei der Feststellung der Horizontalwirkung von Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 GG."* Algo muy similar defendía, en la doctrina española, CARRASCO PERERA (1991), *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, p. 13: „Con esto trato de poner de relieve que el reproche de contrariedad al orden público constitucional no puede hacerse mediante el solo recurso a un valor neutral, cual es la igualdad. Debe extremarse el juicio, utilizando criterios materiales que permitan averiguar si la desigualación conduce o no a la infracción de valores (constitucionales) *sustantivos* y no meramente *neutrales*."

[124] JESTAEDT (2004), *VVDStRL,* p. 346*: „Deutlich anders als das Gemeinschaftsrecht überantwortet das Grundgesetz folglich Ob und Wie eines privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes –den weitgesteckten Grenzen der Staatszielbestimmungen zugunsten der Geschlechtergleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG), des Behindertenschutzes (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) und nametlich des*

a) El miedo a la equiparación y al final de la individualidad

En mi opinión, la razón que mueve a estos autores a negar la naturaleza de mandato de protección a las prohibiciones de discriminación es la intuición de que el valor igualdad, malentendido como igualación o equiparación, supone el final de la individualidad tanto del discriminado como del que discrimina. Por un lado, la equiparación a la forma de vida mayoritaria, la integración, acaba con la diferencia que justamente la prohibición de discriminación trata de proteger. Por otro, la obligación de dar a todos el mismo trato es incompatible con el libre desarrollo de la personalidad del que discrimina, que consiste también en poder establecer, voluntariamente, distintas formas de relación con los otros.

En la tradición constitucional el derecho a no ser discriminado ha sido interpretado como una especificación del derecho a la igualdad[125] o como un derecho que persigue lo mismo pero tiene menor alcance[126]. Que existe una diferencia entre ambos derechos se hace patente en el hecho de que la aplicación de la cláusula de no discriminación puede llevar, en ocasiones, a la figura de la discriminación positiva de

---

Sozialstaates (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S, 1 GG)– dem freien gesetzgeberischen Ermessen."

[125] PÉREZ LISICIC (2006), "Reflexiones en torno a la igualdad y discriminación: a STC 13/2001 como pretexto", en: PÉREZ ROYO/ URÍAS MARTÍNEZ/ CARRASCO DURÁN (ed.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los dias 3, 4 Y 5 de Diciembre de 2003,* p. 899: "También se ha caracterizado la cláusula de no discriminación contenida en el artículo 14 CE como una "especificación del principio" general de igualdad."

[126] Esta concepción de la prohibición de discriminación se hace patente en las siguientes afirmaciones de BILBAO UBILLOS sobre la forma de vinculación de los particulares a la prohibición de discriminación, BILBAO UBILLOS (1997), *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 429: "Estas palabras del Tribunal encierran toda una filosofía sobre la regla de igualdad en el ámbito jurídico-privado: sólo puede impedirse, en determinadas circunstancias. La discriminación basada en algunos de los motivos mencionados en el mismo art. 14 CE."

acuerdo con la cual evitar la exclusión exige tratar de forma diferente a los miembros de un colectivo y otro.

b) La prohibición de discriminación como protección de la diferencia frente a la exclusión: es diferente integrar que incluir

Si se concibe la prohibición frente a la discriminación como protección de la diferencia, como la garantía de poder ser diferente sin ser excluido de la comunidad, no existe una contradicción insalvable entre la idea de autonomía y la de no discriminación. No se trataría de obligar a un sujeto a establecer una relación con otro, sino de prohibirle que, al negarse a reconocerle la condición de contratante, le excluyera de un ámbito común.

Para ello hay que distinguir entre el concepto de exclusión y el de integración. MARTIN NETTESHEIM y también JÖRG NEUNER, hablan indistintamente de exclusión e integración. Pero no es lo mismo prohibir la exclusión que perseguir la integración.

De hecho el concepto de integración no encaja bien en la lógica a la que fuerza el término "mandato de protección". Los poderes públicos sólo pueden proteger frente a exclusiones. La integración exigiría de otro tipo de obligación, como aquella a la que hacía referencia JÖRG NEUNER, que sólo podía surgir del juego de ciertos derechos fundamentales con el principio de estado social. La integración sí tiene un carácter más prestacional. La exclusión, en cambio, supone una injerencia.

La idea de evitar la exclusión respeta la autonomía de la víctima de la discriminación. La decisión última sobre si y cómo participa en una comunidad recaerá en el sujeto mismo. La promesa constitucional no puede convertirse en un yugo, el orden constitucional está basado en la libertad individual porque protege ciertos valores poniéndolos al servicio de los ciudadanos, pero sin obligarles a vivir de acuerdo con ellos. Se trataría de evitar caer en el proteccionismo, en el

"absolutismo de los valores" del que habla JOHANNES DIETLEIN:

> "La obligación del sujeto del derecho fundamental de respetar los valores constitucionalmente protegidos o la imposición objetivada de unos valores por el Estado supone una inversión de la concepción liberal de los derechos fundamentales y un absolutismo de los valores que cuestionaría considerablemente la autonomía del individuo[127]."

Entendido como protección frente a la exclusión el mandato contenido en el derecho a no ser discriminado, dirigido a los poderes públicos, permite compatibilizar la prohibición de discriminación con la autonomía del sujeto protegido.

[127] DIETLEIN (2005), *Die grundrechtlichen Schutzpflichten*, pp. 229, 230: *"[E]ine Verpflichtung des Grundrechtsträgers zur Respektierung der verfassungsrechtlich geschützten Werte bzw. eine objektivierte Wertdurchsetzung durch den Staat [bedeutet] eine Verdrehung der freiheitlichen Grundkonzeption der Grundrechte und letztlich einen „Wert-Absolutismus", der die Autonomie der einzelnen weitgehend in Frage stellen würde."*

III. El límite a la aplicación de la prohibición de discriminación: la autonomía privada y, en especial, la libertad de contratación del sujeto que pretende discriminar

No está aquí sólo en juego la autonomía de la víctima, también y, sobre todo, lo está la del discriminador. De hecho, la crítica principal a la que se ha sometido la regulación adoptada por las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE es la limitación que ésta supone de la autonomía privada y, en concreto, de la libertad de contratación del oferente de bienes y servicios.

La preocupación que se percibía en todos los autores que se han ocupado de la *Drittwirkung* era la posibilidad de que la aplicación de ciertos derechos fundamentales entre los particulares supusiera el fin de la autonomía privada, limitara excesivamente la libertad de contratación de la parte que no se beneficiaba de la eficacia interprivada de cierto principio.

En este trabajo, he defendido la naturaleza de mandato de protección del derecho a no ser discriminado. Esto no supone, automáticamente, que los actos que los poderes públicos lleven a cabo en cumplimiento de ese mandato, no puedan conllevar una injerencia en el derecho a la libertad de contratación del discriminador, que como tal debe ser justificada.

No puede proclamarse, en abstracto, la justificación de toda medida estatal tendente a proteger frente a discriminaciones por razón de sexo u origen étnico, sino que ésta dependerá del resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad[128]. Antes habrá, sin embargo, que determinar el ámbito de protección de la libertad de contratación.

[128] ZÖLLNER (1996), *AcP*, p. 1; LARENZ/ WOLF (2004), *Allgemeiner Teil des BGB* § 34, Mg. 5; HANAU (2004), *Der Grundsatz der Verhältnismäsigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht*, p. 94.

1. El principio de autonomía privada: de la discrecionalidad a la participación en la formulación de las normas

La limitación de la libertad de contratación que puede suponer la imposición de una prohibición de discriminación se incardina en una tradición de reformulación de la libertad de contratación que CLAUS-WILHELM CANARIS ha denominado la materialización de la libertad de contratación[129] y que la famosa frase que WALTER LEISNER escribió en 1960 ilustra muy bien: "La historia de la libertad de contratación es la de su limitación[130]."

La autonomía privada apunta originariamente a una garantía de discrecionalidad[131], a esa "libertad de hacer o dejar de hacer"[132] sobre la que el Consejo Parlamentario Alemán (*Parlamentarischer Rat)* discutió al buscar la formulación adecuada del art. 2 ap. 1 de la Norma Fundamental, que recoge el derecho al libre desarrollo de la personalidad: "Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral[133]."

---

[129] CANARIS (2000), *AcP*, pp. 276, 277.

[130] LEISNER (1960), *Grundrechte und Privatrecht*, p. 323: *"Die Geschichte der Vertragsfreiheit ist die ihrer Beschränkung".*

[131] BILBAO UBILLOS (2006), "Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público"en: PÉREZ ROYO/ URÍAS MARTÍNEZ/ CARRASCO DURÁN (ed.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los dias 3, 4 Y 5 de Diciembre de 2003*, p. 149: "La libertad individual (en su vertiente negocial o asociativa) incluye necesariamente un margen de arbitrio y no puede limitarse injustificadamente. Puede ejercerse de forma irracional o incongruente- L. Henkin, un autor norteamericano, defendió hace muchos años *"the individual's freedom to be irracional"*, una libertad que la Constitución nunca ha pretendido eliminar".

[132] DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1971), *El negocio jurídico*, p. 12.

[133] Art. 2.1 GG*:"Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt."*

Esa primera versión del art. 2. ap.1, que se sometió a debate fue finalmente descartada, no tanto porque la expresión "libertad de hacer o de dejar de hacer" no resultara adecuada sino tan sólo porque los miembros del Consejo Parlamentario Alemán la consideraron poco elegante[134].

Pues como ponen de relieve las siguientes palabras de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "en un sentido muy general, se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal[135]."

También WERNER FLUME apunta a esa misma idea al definir la autonomía privada como "el principio de configuración autónoma de las relaciones jurídicas por el individuo según su propia voluntad. La autonomía privada es una parte del principio general de autodeterminación del ser humano[136]."

Estas definiciones muestran lo que dice JAN BUSCHE: "La conservación de la libertad del individuo en sociedad es la idea de fondo de la autonomía privada, con la que recoge la voluntad empírico-real, psíquica del ser humano, que desde un principio se posiciona respecto de sí mismo, trasciende y se experimenta en su subjetividad[137]."

---

[134] Sobre la historia legislativa del precepto ver: HILLGRUBER (2002), *Grundgesetz-Mitarbeiterkommentar,* Art. 2 I, Mg. 10–13).

[135] DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1971), *El negocio jurídico*, p.11.

[136] FLUME (1992), *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,* p. 1: *"Privatautonomie nennt man das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem eigenen Willen. Die Privatautonomie ist ein Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen."*

[137] BUSCHE (1999), *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, p. 20: *"Die Aufrechterhaltung der Freiheit des einzelnen in der Sozietät ist jene Leitidee der Privatautonomie, mit der sie den "empirisch-realen, psychischen Willen des seit Anbeginn zu sich selbst Stellung nehmenden, des transzendierenden und sich in seiner Subjektivität erlebenden Menschen" aufnimmt".*

En la medida en que el fundamento de la autonomía privada es la protección de la individualidad no es extraño que uno de los pilares constitucionales en los que ésta se sustente, en el ordenamiento jurídico español, sea el art. 10 de la Constitución Española[138], como pone de manifiesto JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO:

> "[…] la autonomía privada se presenta como presupuesto de la actividad del particular para ordenar por sí mismo, individualmente o en sus relaciones con los demás, los intereses que le son propios a través de la creación, modificación y la extinción de relaciones jurídicas, ya disciplinadas o genéricamente previstas por las normas jurídicas, y se encuentra ampliamente reconocida en la mayoría de los ordenamientos, al menos en aquellos que como el nuestro, se basan en el respeto de la libertad, del libre desarrollo de la personalidad, de la propiedad privada y consiguientemente de la herencia y de la libertad de empresa o de iniciativa económica (arts. 1, 10, 33 y 38 Const.)[139]."

La garantía de la autonomía privada, parte así del intento de preservar algo anterior a la existencia del ordenamiento jurídico y por tanto anterior a la idea de la vinculación. La necesidad de conservar ese "hecho antropológico original, demostrable empíricamente por medio de la psicología, que se encuentra en la necesidad de realización del ser humano[140]", nace del riesgo de que éste sea cuestionado. Pues la creación de un sistema jurídico conlleva necesariamente la transformación de esa libertad en otra cosa:

---

[138] Art. 10 de la CE: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social."

[139] LACRUZ BERDEJO (2005), *Elementos de derecho civil*, p. 126.

[140] BUSCHE (1999), *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, p. 20: *"Der Wert der Privatautonomie, ihre ureigene "Faszinationskraft", liegt in der Transformationswirkung, die sie durch die Bezugnahme auf einen vom Recht vorgefundenen, empirisch mit den Mitteln der Psychologie nachweisbaren anthropologischen Grundtatbestand entfaltet, der sich im Selbstverwirklichungsbedürfnis des Menschen findet."*

> "La defensa por el Estado de la autonomía privada, supone ya la intervención de aquél; el que la califique, defina o limite[141]."

Al respecto dice, así, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO:

> "La frase autonomía privada contiene en sí misma una potente carga sentimental y valorativa (!libertad¡ ¡derechos del individuo!). Para apreciar en verdad su significación, resulta indispensable dejar de lado los prejuicios y estar atento a su complejo significado real. Porque resulta engañoso el que se diga, sin más, que la autonomía en Derecho privado consiste en una libertad de hacer o no hacer, de prometer y obligarse, en demarcar un círculo de libertad o de lucha libre para los individuos, exento de la intervención del Estado. Se oculta que se pretende algo más, se pide que el acto o la declaración de voluntad tenga un valor jurídico específico, que sea vinculante, con lo que implícitamente se niega la libertad de desdecirse o retractarse[142]."

Esta primera transformación del concepto de autonomía, supone abandonar la idea de la libertad como discrecionalidad y exige replantearse la posibilidad de ser libre a pesar de estar sujeto a la ley. Se trata de encontrar un concepto de libertad compatible con el respeto a las normas del Estado, que es el único concepto de libertad posible en un ordenamiento jurídico. Este paso tiene relevancia para este trabajo porque permite responder a una crítica al derecho antidiscriminatorio que se hace desde el concepto de autonomía como discrecionalidad. Ni siquiera el derecho privado define la autonomía como "un círculo de lucha libre para los individuos", porque si bien es cierto que en el origen de una declaración de voluntad está justamente la voluntad individual también lo es que esa declaración, para tener un valor jurídico, debe respetarse, debe ser vinculante. ¿En qué se transforma entonces esa libertad de hacer y no hacer?

El deseo de autodeterminación y realización se convierte en el derecho a definir y fijar el contenido de las normas a las que uno va a quedar sujeto. Si en un primer momento la

---

[141] DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1971), *El negocio jurídico*, p. 17.

[142] DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1971), *El negocio jurídico*, p. 12.

libertad podía verse como no sujeción a norma alguna, ésta se redefine, en el ordenamiento jurídico, como la posibilidad de ser autor o partícipe de las normas a las que se va a quedar sujeto.

Esta transformación la evidencia el conjunto de facultades en que se concreta, en realidad, el principio de autonomía privada como son la libertad de celebrar negocios jurídicos, determinar su contenido negocial y modalizar sus efectos, la libertad de concluir negocios no correspondientes a tipos legales y la libertad de forma[143].

Facultades que LUÍS DÍEZ PICAZO define, refiriéndose ya al ámbito de la contratación:

> "La autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, es decir significa la libertad de constitución de las relaciones contractuales, con libertad, por tanto de elección del otro contratante. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual (*Typenfreiheit*). Los individuos no necesitan acogerse a los tipos contractuales regulados por las leyes, sino que pueden construir libremente otros distintos. Significa, por último, la posibilidad de modificar libremente, en los contratos regulados por la Ley, el contenido legal de estos contratos, sustituyéndolos por otros distintos[144]."

El conflicto que plantea la sujeción de los particulares a la prohibición de discriminación debe manifestarse entonces en la limitación de alguna de esas facultades concretas.

La imposición de una prohibición de discriminación por razón de sexo y origen étnico afecta, en especial, a la libertad de celebración y la de libre determinación del contenido contractual. KARL LARENZ lo pone de manifiesto:

> "En primer lugar forma parte de la libertad de contratación la libertad de celebración. Debido a la libertad de celebración cada

[143] LACRUZ BERDEJO (2005), *Elementos de derecho civil*, p. 133.

[144] DÍEZ-PICAZO (2007), Fundamentos del derecho civil patrimonial, p. 155.

> cual puede decidir libremente, si, con quien y sobre que celebra un contrato. Esto libera al oferente de prestaciones a la par de la obligación de tratar de forma igual. La libertad de celebración consiste tanto en la libertad de hacer una oferta (libertad de ofertar) como en la libertad de aceptar la oferta de otro (libertad de aceptación) [145]." "También forma parte de la libertad de contratación la libertad de configurar el contenido. Mientras subsiste permite a las partes determinar bajo su propia responsabilidad la configuración de su relación jurídica. De la libertad de configuración se deriva, que en principio no pueda existir vinculación al principio de igualdad de trato[146]. "

Sin embargo, antes de entrar en el análisis del conflicto que se produce entre las concretas facultades otorgadas por la libertad de contratación y la prohibición de discriminación, es importante ser consciente de la relación existente entre la libertad de contratación y la autodeterminación. Esa relación determina el alcance de la libertad de celebración de contratos y de libre determinación de su contenido. Sólo si se comprende esa relación de fondo puede determinarse realmente si la imposición de una prohibición de discriminación a los contratantes supone una limitación de los derechos otorgados por la libertad de contratación.

---

[145] LARENZ/ WOLF (2004), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, § 34 Mg. 24: *"Zum Inhalt der Vertragsfreiheit gehört zunächst die Abschlußfreiheit. Aufgrund der Abschlussfreiheit kann jeder frei entscheiden, ob, mit wem und worüber er einen Vertrag abschließt. Dies entbindet den Anbieter von Leistungen grundsätzlich zugleich von einer Gleichbehandlungspflicht. Die Abschlußfreiheit besteht sowohl in der Form der Freiheit zur Abgabe eines Angebots (Angebotsfreiheit) als auch in der Form der Freiheit zur Annahme des Angebots eines anderen (Annahmefreiheit)."*

[146] LARENZ/ WOLF (2004), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, § 34 Mg. 45: *„Zur Vertragsfreiheit gehört auch die inhaltliche Gestaltungsfreiheit. Sie lässt, soweit sie besteht, die Parteien über die Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses in eigener Verantwortung bestimmen. Aus der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit ergibt sich zugleich, daß grundsätzlich keine Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz besteht."*

2. La materialización de la libertad de contratación como garantía de la autodeterminación de todas las partes contractuales

En la libertad de contratación el derecho a la autodeterminación que se encuentra en el núcleo de la autonomía privada, sufre una segunda transformación, que tiene que ver con la bipolaridad del contrato, con la aparición del otro. El contrato no puede ser el instrumento de autodeterminación de tan sólo una de las partes contractuales, sino que debe garantizar la autodeterminación de ambas.

El intento de garantizar eso ha sido lo que ha dado lugar a la llamada materialización de la libertad de contratación, que ha cuestionado la asunción de que había que respetar toda voluntad expresada por las partes en el contrato como un acto de autodeterminación. En caso de desequilibrio entre las partes contratantes, los resultados del proceso de la negociación contractual o del proceso de mercado no pueden ser asumidos por el ordenamiento jurídico como incuestionables[147]. La necesidad de corregir o compensar un desequilibrio, pone de relieve que sólo en caso de equilibrio, puede presumirse que el contrato cumple su función. Y el equilibrio hace alusión a la idea de igualdad.

De hecho la teoría clásica del contrato tampoco es del todo ajena al ideal de la igualdad. La asunción de que el consenso entre las partes lleva a que ambas puedan hacer efectivos sus intereses presupone la igualdad de los contratantes. Esta idea la pone de relieve DAGMAR SCHIEK cuando afirma: "[La teoría clásica del contrato] se basa en la igualdad formal de todos los sujetos de derecho y eliminó en el momento de su imposición social discriminaciones formales – por ejemplo

[147] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 307.

diferenciaciones en la libertad de contratación según la clase y en parte según el sexo[148]."

La clave está en que la protección del otro late en la idea misma de la protección del sujeto. Reconocer una voluntad de realización del individuo preexistente, que el ordenamiento jurídico decide respetar[149], conlleva atribuirle dicha voluntad a todo individuo. Un sistema jurídico que se base en el principio de protección de la individualidad debe necesariamente proteger cada individualidad.

Por eso no es de extrañar que el art. 2 de la Norma Fundamental alemana, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo haga limitándolo al respeto de los derechos de terceros.

> „La llamada "tríada de barreras" de esta disposición es, en realidad, parte de la definición de la libertad. Otra libertad, que la de vivir de acuerdo con la propia ley, que es a la vez la ley de todos los demás, que la libertad para la razón práctica, que contempla los derechos de otros, el orden constitucional y en especial las buenas costumbres, no se protege[150]."

---

[148] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 294: *"[Die klassiche Vertragstheorie beruht vielmehr auf der formalen Gleichheit aller Rechtssubjekte und hob zum Zeitpunkt ihrer gesellschaftlichen Durchsetzung formale Diskriminierungen auf–beispielsweise Differenzierungen der Vertragsfreiheit nach Stand, zum Teil auch nach Geschlecht.*

[149] BUSCHE (1999), *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, p. 17: "*Soweit die Rechtordnung durch zweckmäßige Regelungen das Selbstbestimmungsprizip auszuformen sucht, greift sie dabei den in der physischen Wesenheit des Individuums wurzelnden und jeder Rechtsordnung vorgegebenen Willen zur Selbstverwirklichung auf."* "En tanto que el ordenamiento jurídico trata de configurar, a través de una regulación apropiada, el principio de autodeterminación, recoge la voluntad de autorealización, enraizada en la psíque del individuo y preexistente a todo ordenamiento jurídico."

[150] SCHACHTSSCHNEIDER (2004), *VVDStRL*, p. 418*: "Die so genannte Schrankentrias dieser Vorschrift ist in Wirklichkeit Teil der Freiheitsdefinition. Eine andere Freiheit als die, nach dem eigenen Gesetz, das aber auch das Gesetz aller anderen ist, zu leben, als die Freiheit zur praktischen Vernunft also, welche die Rechte anderer, die verfassungsmäβige Ordnung und insbesondere das Sittengesetz achten muss, wird nicht geschützt."*

Lo mismo hace, de hecho, el ordenamiento jurídico español, que en el artículo 1.255 del Código Civil, ya en sede contractual, establece:

> "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público."

El artículo 1.255 del Código Civil establece así de forma muy similar al texto constitucional alemán también una "tríada de barreras" a la libertad de contratación, que consiste en un límite legal, un límite moral y un límite que exige el respeto al orden público. Dentro de esta tercera categoría se situaría el respeto a los derechos fundamentales de la otra parte contractual, pues como afirma LUÍS DÍEZ-PICAZO:

> "Pertenecen en a actualidad al orden público del art. 1.255 las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional (p. ej. la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y no discriminación) que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado[151]."

Un ordenamiento jurídico coherente, que hace de la libertad uno de sus valores centrales, sólo puede comprometerse a garantizar aquella libertad compatible con la libertad del otro[152].

---

[151] DÍEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, p. 157.

[152] HABERMAS (1998), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 483, traducción española de JIMÉNEZ REDONDO (edición original, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1997)*:* "[…] pues autonomía privada en el sentido de un derecho general a la libertad implica un derecho general de igualdad, el derecho a un trato igual conforme a normas que garanticen la igualdad jurídico-material. Si de ello para una de las partes se siguen restricciones *efectivas* frente al *status quo ante*, se trata no de restricciones normativas del principio, sino de la eliminación de aquellos privilegios que son incompatibles con la igual distribución de libertades subjetivas, exigida por ese principio."

Esto supone que los poderes públicos, para garantizar la libertad de contratación no puedan limitarse a tomar los contratos que las partes han celebrado, como ejercicios de libertad que reflejan la voluntad de las partes contratantes. La protección de la libertad de contratación exigirá del legislador que éste niegue la eficacia a aquellos contratos que sólo sean el instrumento de autodeterminación de una de las partes en detrimento de la otra[153]. El contenido de la libertad de contratación no puede ser, por tanto, equiparada a la no intervención estatal en la autoregulación de los particulares.

a) Los desequilibrios negociales y la libertad de contratación

Justamente esto sostenía el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) en el caso del representante de comercio *Handelsvertreterentscheidung* (BVerfGE de 7.2.1990 [BVerfGE 81, p. 242]), en el que estableció que:

> "Tales limitaciones son imprescindibles, porque la autonomía privada se basa en el principio de la autodeterminación, es decir, que presupone que las condiciones de libre autodeterminación están dadas de hecho. Si una de las partes contractuales goza de un dominio tal, que le posibilita imponer unilateralmente regulaciones contractuales, esto conlleva para la otra parte contractual "determinación ajena". En casos de falta de equilibrio de fuerzas de los afectados, no puede garantizarse por medio del derecho de contratos un adecuado equilibrio de los intereses. Si, en estas circunstancias, se renuncia a posiciones garantizadas por derechos fundamentales, deben intervenir regulaciones estatales para garantizar la protección del derecho fundamental[154]."

---

[153] BUSCHE (1999), *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, p. 17*: "Das Rechtsinstitut des Vertrages vermittelt aufgrund seines mehrdimensionalen Charakters individuelle Vertragsfreiheit jedoch nur insoweit, als für alle Vertragsbeteiligten die substantielle Möglichkeit zu vertraglicher Selbstbestimmung besteht."*

[154] BVerfGE, *NJW 1990*, p. 1470: *"Solche Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er vertragliche Regelungen*

Ante una situación similar se encontró el Tribunal Federal Constitucional Alemán, en el caso de la fianza, *Bürgschaftsentscheidung* (BVerfGE de 19.10.1993 [BVerfGE 89, p. 214]).

> El padre de la demandante, que era agente inmobiliario, solicitó a la Caja de Ahorros que doblara la suma del límite de su crédito. La Caja condicionó tal operación a la firma por parte de la demandante, que entonces tenía 21 años, de una fianza solidaria por valor de 100.000 DM. En el contrato de fianza la demandante renunció a prácticamente todas las normas de protección dispositivas del Código Civil alemán (*BGB*): al beneficio de excusión, a la excepción de prescripción de la obligación principal, de la compensación o de la anulabilidad. La demandante no tenía un trabajo fijo y ganaba, en el momento de la firma del contrato de fianza, 1.150 Marcos alemanes (*DM*). En 1986, la Caja de Ahorros resolvió el contrato de cesión de crédito y reclamó el pago de la deuda existente a la demandante, a lo que ésta reaccionó solicitando la declaración de nulidad del contrato de fianza. La Audiencia Provincial (*Landesgericht*) desestimó la demanda. La demandante interpuso un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia (*Oberlandesgericht)* que lo estimó parcialmente por considerar que la Caja de Ahorros había infringido sus deberes de información para con la demandante. La Caja de Ahorros interpuso un recurso de casación, al que el Tribunal Supremo Federal (*BGH*) dio lugar por entender que una persona mayor de edad debe saber que la celebración de un contrato de fianza conlleva la asunción de cierto grado de responsabilidad.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán manifestó que:

> "Existe hoy un amplio acuerdo sobre que la libertad de contratación sólo garantiza un adecuado equilibrio de intereses, en el caso de una relación de fuerzas equilibrada de las partes y que la compensación de la disparidad contractual forma parte de una de las tareas principales del derecho civil vigente. […] Si el contenido del contrato resulta inusualmente gravoso para una parte y como equilibrio de intereses evidentemente

---

faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräfteausgleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern."

> desproporcionado, los Tribunales no pueden contentarse con la apreciación "Un contrato es un contrato". Deben, por el contrario, aclarar si la regulación es la consecuencia de una diferencia de poder de negociación estructural y, en su caso, en el marco de las cláusulas generales del derecho civil vigente, intervenir de forma correctora[155]."

Estas dos sentencias ilustran claramente la jurisprudencia constitucional sobre los desequilibrios negociales, que a pesar de haber sido duramente criticada por parte de la doctrina, transforma y matiza el ámbito de protección garantizado por la libertad de contratación.

CHRISTIAN HILLGRUBER ha prevenido frente al riesgo de que "la protección del consumidor lleve a la incapacitación de la mayoría de los sujetos privados, a los que se priva de la capacidad de celebrar negocios jurídicos significativos[156]." Ha puesto énfasis en que la contrapartida de la libertad es la responsabilidad por los propios actos y en que la garantía de la dignidad humana pone límites muy claros a las posibilidades de protección del sujeto frente a sí mismo[157].

WOLFGANG ZÖLLNER ha cuestionado la asunción de que la autonomía privada tenga que basarse necesariamente en la autodeterminación[158] y además ha puesto en duda que la autodeterminación exija de un equilibrio entre las partes

---

[155] BVerfGE, *NJW 1994*, pp 38, 39: *"Heute besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und dass der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehört. […] Ist aber der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der begnügen: „Vertrag ist Vertrag". Sie müssen viel mehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen."*

[156] HILLGRUBER (2002), *Grundgesetz-Mitarbeiterkommentar,* Art. 2 I, Mg. 111.

[157] HILLGRUBER (2002), *Grundgesetz-Mitarbeiterkommentar,* Art. 2 I, Mg. 118.

[158] ZÖLLNER (1996), *AcP,* p. 25.

contratantes[159]. Para este autor, debería bastar con la libertad de decisión, que está suficientemente garantizada si el interesado en la celebración de un contrato tiene la opción de elegir entre celebrarlo en condiciones desproporcionadas o no celebrarlo[160].

b) La obligación de contratación y la libertad de contratación

Pero la libertad de contratación no sólo admite la revisión de un contrato ya celebrado en casos de desequilibrios negociales, en ciertos supuestos, su garantía admite la imposición de una obligación de contratación.

El ordenamiento jurídico alemán prevé, para empezar, la imposición de obligaciones de contratación sobre la base de leyes concretas[161]. Existe, además, una línea jurisprudencial de acuerdo con la cual aquel oferente que tenga una posición de monopolio o equivalente no puede negarse a contratar de forma arbitraria o por razones ilegítimas con un comprador, ya que dicha conducta atentaría contra las buenas costumbres[162].

En el ordenamiento español la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, prohíbe en su art. 2.2.c la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios por parte de una empresa con posición dominante en el mercado[163]. La Ley

---

[159] ZÖLLNER (1996), *AcP,* p. 27.

[160] ZÖLLNER (1996), *AcP,* p. 31.

[161] KILIAN (1980), *AcP*, pp. 53–55.

[162] KILIAN (1980), *AcP*, p. 57; BYDLINSKI (1980), AcP, p. 30; LARENZ/WOLF (2004), *Allgemeiner Teil des BGB*, § 34, Mg. 33.

[163] Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia:

"Artículo 2. Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

24/1998, de 7 de octubre, del sector de los hidrocarburos, prevé en su art. 57[164] que los consumidores tienen derecho a acogerse al suministro de gas y en su art. 109[165] la misma ley establece que la negativa a suministrar gas a los consumidores constituye una infracción grave.

En estos supuestos la razón de imponer la celebración del contrato a una de las partes radica en un fracaso del mercado, que conlleva que los mecanismos normales de la contratación no puedan dar lugar a un resultado satisfactorio para ambas partes.

---

b. La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal."

[164] La Ley 24/1998, de 7 de octubre, del sector de los hidrocarburos: "Artículo 57. Garantía del suministro.

1. Los consumidores tendrán derecho de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de gas natural en las condiciones que reglamentariamente determine el Gobierno previa consulta a las Comunidades Autónomas."

[165] La Ley 24/1998, de 7 de octubre, del sector de los hidrocarburos: "Artículo 109. Infracciones muy graves.

1. Son infracciones muy graves:

k. La negativa a suministrar gases por canalización a consumidores en régimen de tarifa conforme al Título IV de esta Ley y disposiciones de desarrollo."

También en la doctrina se discute y defiende la existencia de una obligación de contratación en otros supuestos adicionales[166].

Entre los partidarios de la existencia de una obligación de contratación más genérica se encuentra JAN BUSCHE, que sostiene que dicha obligación en ocasiones, no sólo es compatible con la idea de la autodeterminación sino que es necesaria para garantizar la función de la libertad de contratación[167]. La imposición de la celebración de un contrato no puede ser considerada, de forma indiferenciada, como una limitación de la libertad de contratación. Esa percepción olvida que el concepto mismo de libertad contractual contiene la tensión entre dos ideas que pretenden cosas a primera vista contradictorias: Por un lado la idea de autonomía y por otro la idea de sujeción a la que hace alusión el contrato. Entender el contrato, en la línea del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), como un instrumento multidimensional en el que el ejercicio de la libertad por una de las partes está condicionada por el ejercicio de esa misma libertad por la otra, implica asumir la imposibilidad de la realización absoluta de la autodeterminación de uno de los contratantes. Así, una obligación de contratación, puede servir a la libertad de contratación, maximizando las posibilidades de autodeterminación de todas las partes implicadas en el contrato. JAN BUSCHE entiende, de este modo, la obligación de contratación no como una limitación, sino como una concreción del contenido de la libertad de celebración negativa.

La compatibilidad de la obligación de contratación y la libertad de contratación queda, sin embargo, supeditada al cumplimiento de ciertas condiciones[168].

---

[166] KILIAN (1980), *AcP*, pp. 57–61; BYDLINSKI (1980), AcP, pp. 29 – 46; LARENZ/ WOLF (2004), *Allgemeiner Teil des BGB*, § 34, Mg. 38–44.

[167] BUSCHE (1999), *Privatautonomie und Kontrahierungszwag*, pp. 139–141.

[168] BYDLINSKI (1980), AcP, p. 41: *"Ein Unternehmer, der die Leistung bestimmter Sachen oder Dienste öffentlich in Aussicht gestellt hat, darf einem zum angesprochenen Personenkreis gehörigen Interessenten, wenn diesem zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen,*

El primer requisito que debe cumplirse es de orden subjetivo, debe tratarse de la relación entre un consumidor y un profesional. La segunda condición se refiere a los bienes o servicios en cuestión, que deben poder catalogarse como bienes de uso ordinario. Debe tratarse en tercer lugar de una oferta dirigida al público y la persona excluida a posteriori debe estar originariamente incluida en el círculo de destinatarios de la declaración de voluntad[169] del oferente. El consumidor debe además carecer de alternativas en el mercado para adquirir los bienes o servicios en cuestión y la negativa a contratar debe ser injustificada.

3. La libertad de contratación real y la prohibición de discriminación

DAGMAR SCHIEK analiza la evolución de que ha sido objeto la libertad de contratación para cuestionar que exista realmente una contradicción insalvable, como se ha asumido tradicionalmente, entre la prohibición de discriminación y la libertad de contratación[170]. Esta autora trata de mostrar cómo lo que explica la materialización de la libertad de contratación obedece a un cambio de paradigma, que es propicio a la inclusión de un principio de no discriminación dentro del derecho de contratos.

---

die zur Befriediegung seines Bedarfes nötige einschlägige Leistung und den sie vorbereitenden Vertragsschluss ohne sachlich gerechtfertigte Gründe nicht verweigern, wenn es sich um den „Normalbedarf" oder den „Notbedarf" handelt."

[169] Como muestra BYDLINSKI (1980), *AcP*, p. 39, de lo que se trata aquí es de garantizar que existe una predisposción del oferente a la celebración del contrato y la capacidad por parte de éste de cumplir. Es importante señalar aquí que el requisito de la predisposición por parte del oferente no debe ser confundido con la existencia de los presupuestos de hecho objetivos de una declaración de voluntad. Para entender que se da ese presupuesto bastará con que un sujeto muestre predisposición a celebrar un contrato, aunque rehúse contratar con un interesado concreto en las condiciones usuales. Podrá asumirse dicha predisposición cuando se exterioriza una voluntad de contratar de forma generalizada y ésta se convierte en la base de las expectativas razonables de otros participantes en el tráfico

[170] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 292.

a) La protección frente a desequilibrios negociales y la prohibición de discriminación

Según DAGMAR SCHIEK, si se tiene en cuenta la desigualdad de fuerzas entre las partes para justificar la intervención de los tribunales a efectos de revisar los resultados de la contratación, lo mismo debería suceder en los casos en que los individuos tienen una situación de debilidad en el mercado debido a la discriminación sistemática de la que son objeto[171].

De la materialización de la libertad de contratación se deduce la vigencia de un principio de protección de los débiles, que permitiría dar respuesta a la discriminación, que ha sido interpretada, en parte, como una forma de debilidad social.

Esa analogía topa, sin embargo, con la dificultad de que la discriminación y los desequilibrios negociales son fenómenos distintos. GABRIELE BRITZ admite que "la problemática de las consecuencias contractuales de esta forma de discriminación social no puede ser comparada con la problemática del perjuicio de los consumidores económicamente más débiles[172]."

La primera diferencia se refiere al objeto de protección. La protección frente a desequilibrios negociales trata de dar respuesta a la debilidad de una de las partes, consistente en "déficit de información, intelectuales o materiales o en que la parte débil debido a sus características específicas o debido a la relación oferta-demanda depende de la prestación demandada en mayor medida que la otra parte de la contraprestación[173]." Las prohibiciones de discriminación

---

[171] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 307.

[172] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 308: *"Dennoch kann die Problematik der vertraglichen Auswirkungen dieser Form von gesellschaftlicher Diskriminierung nicht mit der Problematik der Benachteiligung ökonomisch schwächerer Konsumenten verglichen werden."*

[173] BRITZ (2004), *VVDStRL*, p. 388: *"In den Ungleichgewichtslagen zeichnet sich die Schwäche der unterlegenen Partei durch informationelle, intellektuelle oder materielle Defizite oder auch dadurch aus, dass der unterlegene Vetragspartner auf die nachgefragte Leistung angesichts*

protegen "no a aquellos que entran débiles ya en el mercado. Protegen más bien a aquellos, que debido a su pertenencia a un determinado grupo o a la mera adscripción de tal pertenencia, son perjudicados en el tráfico negocial[174]." No tiene porqué tratarse de una desigualdad objetiva sino que ésta puede muy bien ser sólo subjetiva.

La segunda diferencia hace referencia al resultado que se pretende alcanzar. En el caso de los desequilibrios negociales de lo que se trata es de negar la eficacia al consenso al que habían llegado las partes, para garantizar la autodeterminación de la parte débil del contrato. "El derecho estatal no debe exigir de la parte contractual, que se halla en situación de inferioridad, la vinculación a su declaración de voluntad, y debe negar, en consecuencia, el reconocimiento jurídico (y la ejecución) al contenido contractual, que se base en dicha declaración[175]."

En el caso de la protección frente a la discriminación la finalidad es otra. De lo que se trata es de fingir un vínculo contractual donde no hay una coincidencia de voluntades entre las partes, porque una de ellas se niega a contratar con la otra por motivos discriminatorios. En los casos de discriminación precontractual que son sobre todo aquellos a los que tratan de poner freno las prohibiciones de discriminación en el acceso a bienes y servicios, garantizar dicho acceso pasa por vincular contractualmente al oferente discriminador con la víctima.

---

ihrer spezifischen Eigenschaften oder aufgrund der Angebot-Nachfrage-Relation stärker angewiesen ist als der andere auf die Gegenleistung".

[174] BRITZ (2004), *VVDStRL*, p. 389: *"Diskriminierungsschutzverbote schützen [...] nicht diejenigen, die bereits "schwach" an einen Markt herantreten. Sie schützen vielmehr jene, die wegen einer bestimmten Gruppenzugehörikeit im Geschäftsverkehr nachteilig behandelt werden."*

[175] JESTAEDT (2004), *VVDStRL*, p. 342: *"Zur Wahrung "beeinträchtigter Grundrechtspositionen" darf das staatliche Recht den "unterlegenen" Vertragspartner nicht an einer Willensbekundung festhalten und hat dementsprechend einem darauf beruhenden Vertragsinhalt die rechtliche Anerkennung (und Durchsetzung) zu versagen".*

La injerencia estatal en la libertad de contratación del discriminador, consistente en imponerle una obligación contractual no consentida es mayor que la que supone, en los casos de desequilibrio negocial, posibilitar a la parte débil liberarse del vínculo contractual.

Por todo esto, aunque el principio de protección de la parte contractual débil pueda resultar favorable a una inclusión de la protección frente a la discriminación, dar respuesta a las conductas discriminatorias que tienen lugar en fase precontractual, requeriría una evolución ulterior de los paradigmas del derecho de contratos.

b) La doctrina de la obligación de contratación y la prohibición de discriminación

La doctrina de la obligación de contratación le sirve también a DAGMAR SCHIEK para reflexionar sobre la compatibilidad de la libertad de contratación y la prohibición de discriminación.

Como afirma de forma expresa MATTHIAS JESTAEDT "la admisibilidad de una obligación de contratación se apoya, dicho de forma simple y por tanto simplificando, en un fracaso del mercado, debido al cual el modelo de equilibrio de intereses del contrato, basado en la libertad de celebración, fracasa[176]."

DAGMAR SCHIEK considera que si lo que determina la limitación de la libertad de celebración es un fracaso del mercado, en la medida en que el mercado no es capaz de eliminar el fenómeno de la discriminación, también cabría imponer una obligación de contratación en los casos de negativas discriminatorias a contratar[177].

---

[176] JESTAEDT (2004), *VVDStRL*, p. 343*: "Die Zulässigkeit eines Kontrahierungszwangs stützt sich, grob und damit notwendigerweise vergröbernd gesagt, auf ein Marktversagen, aufgrund dessen das auf Abschlussfreiheit gründende Interessenausgleichsmodell des Vertrages leer läuft."*

[177] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 313.

Los argumentos que aporta la autora[178] en favor de esa resistencia del fenómeno de la discriminación son tres:

El primer argumento es que existe un "gusto por la segregación" que hace que la discriminación aparezca como algo neutral. Existen consumidores que prefieren comprar en tiendas regentadas por personas de su misma religión, individuos que prefieren vivir en barrios en los que viven mayoritariamente otros de su misma etnia, mujeres que prefieren ser atendidas por mujeres, clientes homosexuales que eligen locales especialmente destinados a clientela de su misma identidad sexual.

La segunda razón es que hay formas de discriminación estratégica, que se caracterizan por otorgar un beneficio competitivo al discriminador en lugar de perjudicarle.

> A las distintas formas de discriminación estratégica hago referencia en el segundo capítulo de este trabajo en que expongo las "*theories of discrimination*". Baste, aquí, con decir que existen tres formas de discriminación estratégica –la *"catering others aversion",* la "*cartel-model discrimination"* y la "*statistical discrimination*"– que se perpetúan en el tiempo justamente por las ventajas que estas conductas discriminatorias aportan al que las lleva a cabo.

El tercer argumento asume que la discriminación por razón de sexo u origen étnico lleva una desventaja estructural y tiene, por tanto, consecuencias negativas en el capital humano. Se trata de un efecto de acumulación de desventajas que se hace patente, sobre todo, en el mercado de trabajo.

DAGMAR SCHIEK concluye así que es plausible la tesis de que la discriminación socialmente generalizada pone a los afectados por conductas discriminatorias en una situación equiparable a aquella en la que se encontraría el interesado en un contrato que debido a un fracaso del mercado está en situación de dependencia respecto del oferente del bien. El fracaso del mercado justificaría la intervención de los poderes

[178] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, pp. 313, 314.

públicos en el proceso de negociación e incluso la imposición de una obligación de contratación.

c) La limitación de la libertad de contratación en beneficio del derecho a no ser discriminado conforme al principio de proporcionalidad

Es cierto que, como pone de relieve DAGMAR SCHIEK tras el proceso de materialización de que ha sido objeto la libertad de contratación, ésta se ha transformado de una forma que no la hace tan incompatible con el respeto al derecho a no ser discriminado.

El punto de partida no es confrontar el derecho a decidir con total libertad si y, en su caso, con quién contratar y con qué contenido. Partimos de una libertad de contratación compatible con una revisión del contenido del contrato en casos de desequilibrio negocial, así como con la existencia de una obligación de contratación en casos de fracaso del mercado. Esta evolución matiza la colisión entre la libertad de contratación y el derecho a no ser discriminado.

Sin embargo, la protección frente a discriminaciones sigue chocando con una libertad de contratación respecto de la cual cabe afirmar que le sigue siendo esencial la libre decisión de cada particular, sobre y con quien quiere contratar[179].

Para resolver el conflicto de derechos se aplica el principio de proporcionalidad que garantiza que las limitaciones de la libertad de contratación que puedan conllevar las medidas adoptadas por el legislador para poner fin a la discriminación, no sean excesivas.

Los límites que ese principio de proporcionalidad impone no son estáticos, sirven más bien de guía y su aplicación lleva, según MATTHIAS JESTAEDT, a los siguientes resultados[180]:

---

[179] HILLGRUBER (2002), *Grundgesetz-Mitarbeiterkommentar,* Art. 2 I, Mg. 121.

[180] JESTAEDT (2004), *VVDStRL*, pp. 346–348.

La protección frente a discriminaciones podrá ser considerada una injerencia proporcionada en la libertad de contratación del discriminador cuando la discriminación suponga la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad o la libertad de contratación de la víctima de la discriminación. La injerencia tampoco podrá entenderse desproporcionada cuando el oferente de bienes o servicios dirija su oferta al público en general y se limite a excluir a la víctima de la discriminación, a pesar de que ésta reúna los requisitos de los que se hace depender la celebración del contrato. Más problemáticas podrían considerarse aquellas regulaciones que imponen una prohibición de discriminación en la contratación que tiene lugar en la esfera privada.

IV. La protección frente a conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios en el ordenamiento jurídico alemán

JÖRG NEUNER ha hecho el esfuerzo de proponer una concreción del ámbito de protección frente a las discriminaciones que tienen lugar en el acceso a bienes y servicios, acorde con el principio de proporcionalidad.

A efectos de concretar el alcance de dicha prohibición distingue entre las dos funciones o dimensiones de la interdicción de la discriminación: la protección frente a la exclusión y la garantía de la integridad moral de la víctima de la discriminación[181].

La protección frente a la exclusión exige que se consideren prohibidas aquellas conductas discriminatorias que conllevan un peligro de exclusión sistemática. Para determinar si dicha exclusión sistemática puede darse, es apropiado distinguir entre las características modificables e inmodificables del individuo[182].

JÖRG NEUNER considera que las diferenciaciones basadas en características inmodificables como el sexo u origen étnico son tan sólo tolerables en el ámbito estrictamente privado y no en un ámbito público. Así, aquel, ya sea particular o profesional, que en el intercambio económico se niegue a contratar con alguien debido a su origen racial o étnico o a su sexo, le está discriminando ilegítimamente.

TILMAN BEZZENBERGER, como JÖRG NEUNER, entiende que todas las discriminaciones raciales, incluso aquellas que tienen lugar en el tráfico privado, están prohibidas porque atentan contra las buenas costumbres.

> "Y porque y en tanto que la discriminación por origen étnico tiene como máxima la vuelta a la organización de la sociedad en tribus atenta contra las buenas costumbres, tratar de forma distinta a

[181] NEUNER (2003), *JZ*, p. 63.
[182] NEUNER (2003), *JZ*, p. 62.

> otros individuos sin atender a su individualidad únicamente por razón de su procedencia o raza[183]."

Algo distinto sucede con las características modificables del individuo, en base a las cuales sí cabría diferenciar. JÖRG NEUNER entiende, por ejemplo, que un oferente debería poder elegir como contratante a aquel que comparta su religión. Una limitación de esa libertad de elección en base a características modificables sólo sería admisible si el oferente tuviera una posición de dominio en el mercado.

JÖRG NEUNER considera que, en los supuestos de negativas a contratar prohibidas, la sanción a adoptar es la obligación de contratación, que encontraría su apoyo legal en el § 826[184] del Código Civil alemán (*BGB*).

Además este autor se plantea también la cuestión de en qué medida puede la negativa a contratar dar lugar a la compensación de los daños patrimoniales que ésta haya causado.

Si ya no fuera posible la imposición de la obligación de contratación, la víctima podría solicitar en base a los §§ 280, 281 y 283 del Código Civil alemán (*BGB*) la indemnización del daño material causado por la negativa discriminatoria a contratar.

JÖRG NEUNER considera también que, en principio, no está del todo claro que la negativa discriminatoria a contratar de

---

[183] BEZZENBERGER (1996), *AcP,* p. 412: *"Und weil und soweit ethnische Diskriminierungen eine gesamtgesellschaftliche Rückkehr zur Stammesordnung zur Maxime haben, verstößt es gegen die guten Sitten, andere Menschen ohne Rücksicht auf ihre Individualität nur wegen der Abstammung und Rasse ungleich zu behandeln". 415: "Nicht nur unter besonderen und wechselnden Umständen des Einzelfalls, sondern grundsätzlich verstoßen Diskriminierungen nach Abstammung, Rasse oder Staatsangehörigkeit gegen die Sittenordnung"*; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (1990), *ADC*, p. 424.

[184] "§ 826 Daño doloso contrario a las buenas costumbres
Quien de una forma que contraviene las buenas costumbres causa dolosamente un daño a otro está obligado frente a éste al resarcimiento del daño."

derecho a la víctima a solicitar el resarcimiento de los daños inmateriales, de acuerdo con el § 253 del Código Civil alemán (*BGB*). Sin embargo, este autor tiene en cuenta que el legislador alemán, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y para los supuestos de discriminaciones por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, ha previsto una pretensión de compensación proporcionada de los daños morales. Por ello considera que es coherente dogmáticamente someter todas las prohibiciones de discriminación a un mismo patrón compensatorio.

La garantía de la integridad moral del sujeto discriminado requiere que se prohíban aquellas conductas excluyentes que conlleven un atentado a los derechos de la personalidad de la víctima. Éste puede tener lugar tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Aunque en la esfera privada no puedan imponerse obligaciones de contratar, lo que sí puede hacerse es imponer la obligación de compensar los daños producidos por la lesión al honor. Esta pretensión se fundamentaría en el § 823. (1)[185] del Código Civil alemán.

Cuando concurran conjuntamente una negativa a contratar y un atentado al honor, la víctima tendrá derecho a que se imponga al oferente tanto la obligación de contratar como la de indemnizarle por el daño moral sufrido.

[185] "§ 823 Deber de resarcimiento del daño
(1) Quien dolosa o negligentemente lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, queda obligado frente a ésta al resarcimiento del daño que de ello resulta."

V. La protección frente a conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios en el ordenamiento jurídico español

1. Opiniones doctrinales sobre la protección frente a conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios

También los autores españoles se han ocupado en determinar el grado de eficacia de la prohibición de discriminación y han hecho propuestas diversas a fin de establecer en qué circunstancias las discriminaciones llevadas a cabo por particulares podían considerarse prohibidas.

La mayoría de los autores españoles ha partido de que "la contundencia de la fórmula constitucional (*"sin que pueda prevalecer discriminación alguna…"*) no autoriza a excluir sin más toda práctica discriminatoria privada[186]".

Las palabras de ÁNGEL CARRASCO PERERA expresan bien la opinión de la doctrina mayoritaria española:

> "… el valor igualdad jamás constituye un fin último en el tráfico privado. Trato de poner de relieve que el reproche de ilicitud que pudiera corresponder a un contrato que distribuye bienes en base a un criterio sexista no derivaría de la ruptura de la igualdad. El reproche de ilicitud sólo podría venir dado por la violación de otros

[186] BILBAO UBILLOS (2006), "Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público" en: PÉREZ ROYO/ URÍAS MARTÍNEZ/ CARRASCO DURÁN (ed.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los dias 3, 4 Y 5 de Diciembre de 2003,* p. 823; REY MARTÍNEZ (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado,* p. 67: "Aún así hay que admitir que fuera del ámbito extenso de las normas imperativas señalado (particularmente en el Derecho del trabajo), los particulares pueden relacionarse jurídicamente, en ejercicio de su libertad e intimidad, con otros particulares de modo arbitrario y discriminatorio."

> valores (constitucionales) a los que eventualmente se puede atacar mediante la ruptura de la igualdad[187]."

El juicio de ilicitud de la conducta discriminatoria privada se ha hecho depender entonces de la concurrencia de ciertos factores que la convierten en especialmente grave, como son:

a) la trascendencia social de la discriminación:

> "Lo que el artículo 14 CE prohíbe, como parte del orden público nacional, es que ese ejercicio arbitrario (dejado al arbitrio de cada uno) de la autonomía privada pueda producir discriminaciones manifiestas contrarias a las expresamente previstas en él: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión." […] La consideración de las circunstancias implica una valoración de los resultados concretos que se produzcan y de la trascendencia social de los mismos. […] En principio cabe afirmar que el principio de igualdad tendrá un escaso margen de incidencia en los negocios a título gratuito, salvo cuando los mismos puedan tener un mayor alcance social (fundaciones). [...] Su incidencia será mayor en la contratación dirigida al público en general (prestación que recaiga sobre materias socialmente importantes), sobre todo cuando el sujeto discriminador tenga una posición dominante en el mercado o en la sociedad. La discriminación debe ser manifiesta. Por ello quien la alegue deberá probarla: tanto el trato desigual, como su carácter discriminatorio, como su trascendencia social (orden público)[188]."

b) la influencia en masa en ciertos colectivos, que el comportamiento discriminatorio pueda tener:

> "Cuando los negocios jurídicos-privados influyen en masa sobre los ciudadanos es cuando debe jugar la posibilidad de que la Constitución española les alcance[189]."

c) la existencia de una relación de dependencia entre la entidad discriminadora y la víctima, ya sea porque existe entre ambas una relación laboral o porque el discriminador tenga una posición monopolística o dominante en el mercado.

---

[187] CARRASCO PERERA (1991), *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, pp. 12, 13.

[188] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1990), *ADC,* pp. 424, 425.

[189] ALONSO GARCÍA (1983), *RAP*, p. 91.

> "Si el fundamento último de la prohibición de discriminación reside en el principio de antisubyugación o igual valor social de todos los ciudadanos, se entiende que despliegue efectos también en las relaciones de Derecho privado y, especialmente, en el ámbito del derecho laboral[190]."

> "Si el órgano judicial llega a la conclusión de que en ese supuesto debe prevalecer la regla del art. 14, nada le impide proteger a la víctima, ordenando en su decisión el cese de la conducta discriminatoria y la correspondiente reparación, en su caso. ¿Cuáles son los factores que ha de tener en cuenta el juez al hacer esa valoración? Fundamentalmente, tres: la "repercusión social" de la discriminación, esto es, la existencia de un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de visa sociológico; la posición dominante o monopolística de la entidad discriminadora, y la posible afectación al núcleo esencial de la dignidad o integridad moral de la persona discriminada[191]."

d) el hecho de que se trate de un particular que explota servicios de interés público.

> "El derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo: […] exige el trato igual en las relaciones entre particulares de las entidades que exploten servicios de interés público (taxis, comercios, cines, escuelas, bares y restaurantes, etc.) o que sean concesionarios de la Administración o dependen de ella en alguna medida[192]."

e) el que la conducta sea vejatoria y afecte al núcleo esencial de la dignidad de la víctima

> "De forma que es lógico afirmar, como aquí se ha hecho, que la discriminación sólo debe prohibirse cuando resulta contraria a la dignidad del discriminado, es decir, cuando la efectúa el miembro

---

[190] REY MARTÍNEZ (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado,* p. 65.

[191] BILBAO UBILLOS (1997), *La eficacia de los derechos fundamentales*, p. 403.

[192] REY MARTÍNEZ (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado*, p. 67; BILBAO UBILLOS (2000), *Los alardes: una perspectiva jurídica*, p. 106 apoyándose en la doctrina norteamericana defiende la distinción entre dos eferas dentro del sector privado "una relacionada con el acceso a bienes y servicios de interés público y otra que comprende las actividades propiamente privadas, carentes de proyección pública. En la primera de ellas, se admite la operatividad de las disposiciones legales antidiscriminatorias."

> del grupo dominante respecto del miembro del grupo de status inferior en la sociedad y cuando no existen, para el discriminado, alternativas razonablemente disponibles para obtener el mismo status que se obtendría de haber celebrado el contrato con el discriminador[193]."

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL ha explicado de forma iluminadora los efectos que el reconocimiento de la prohibición de discriminación produce sobre la regulación que los particulares hagan de sus relaciones.

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL propone distinguir, para empezar, entre dos tipos de supuestos. El primero sería aquel en el que un particular, al ejercitar su libertad contractual, en concreto la libertad para fijar el contenido de los contratos, limita su derecho a no ser discriminado: se trataría aquí de los contratos que contienen cláusulas discriminatorias. El segundo tipo de supuestos sería aquel en el que un particular, en el ejercicio de su libertad de elegir libremente a la otra parte contratante, provoca la desprotección de un tercero en su derecho a no ser discriminado: se trata de las negativas discriminatorias a contratar.

El primer supuesto plantea un problema de límites a la renunciabilidad y a la disponibilidad de los derechos fundamentales, que se encuentran regulados en los artículos 6.2[194] y 1.255[195] del Código Civil. De lo que se trata aquí es de determinar si el consentimiento dado por la parte que resulta discriminada por la celebración del contrato, excluye la inconstitucionalidad de dicho negocio jurídico. En otros términos y, aplicando la teoría de la doble naturaleza de los derecho fundamentales, ¿dan los poderes públicos cumplimiento el mandato de protección del derecho a no ser

---

[193] ALFARO ÁGUILA-REAL (1993), *ADC,* pp. 113, 114.

[194] "Artículo 6.2. La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros."

[195] "Artículo 1.255. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público."

discriminado si se limitan a garantizar que el propio sujeto del derecho haya consentido a la renuncia? ¿O deben éstos prohibir la posibilidad de consentir a tal disposición? Existen dos fundamentos posibles que justificarían una intervención de los poderes públicos para proteger a alguien de sus propios actos.

El primer fundamento sería que la actuación del ciudadano no puede considerarse libre porque el mecanismo contractual no ha funcionado correctamente. Esto sucede cuando el contratante no tenía otra alternativa que aceptar la renuncia a sus derechos, bien porque no existían alternativas disponibles o porque estaba en una situación de dependencia respecto del otro contratante. Son éstos los casos de monopolios y de desequilibrios negociales de los que hablaba anteriormente.

El segundo fundamento sería el carácter irrenunciable del derecho a no ser discriminado, ya sea porque se presume que la renuncia a tal derecho no puede representar la voluntad real del individuo o porque se considera que la mera existencia de un contrato discriminatorio causa un perjuicio moral a terceros.

El segundo tipo de casos, que son las negativas discriminatorias a contratar, plantean la cuestión de en qué medida el ejercicio del derecho a no contratar puede considerarse antisocial y supone por tanto un abuso de derecho, prohibido por el art. 7.2[196] del Código Civil.

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL sostiene que el único derecho de la víctima de la discriminación que puede verse afectado por la negativa a contratar, con independencia de obtener los bienes o servicios de un competidor, es el derecho a no ser

[196] "Artículo 7.2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso."

sometido a un tratamiento vejatorio. Este autor considera que en el ordenamiento jurídico español resulta inaceptable una negativa a contratar que atente contra la dignidad de una persona, porque ésta no puede recuperar dicha dignidad dirigiéndose a otro competidor.

Partiendo del análisis económico del derecho JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL elabora los criterios que permiten determinar cuándo una conducta discriminatoria lesiona al mismo tiempo la dignidad de la víctima de la discriminación.

Una de las explicaciones económicas de la discriminación, considera que el sujeto que discrimina no está satisfaciendo tan sólo un gusto irracional por discriminar sino que lo que pretende con su actuación es producir distinción social para su colectivo a costa del reconocimiento social del colectivo de la víctima. Aquí, JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL se plantea si se produce en tales situaciones un fallo del mercado que justifique la intervención mediante la aprobación de normas antidiscriminatorias para poner fin a la discriminación. Si el mercado acabara por sí mismo con este fenómeno no sería necesaria la adopción de tales prohibiciones. Este autor entiende que puede justificarse la eficiencia de normas discriminatorias incluso partiendo de que toda preferencia es valiosa, incluida la del discriminador. La clave del razonamiento de JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL es la equiparación que el autor hace entre la situación en que se encuentra el discriminador y aquella en la que se encuentra un monopolista. La víctima de la discriminación carece de una alternativa para recuperar la pérdida de status que la negativa a contratar vejatoria le ha provocado. Porque por mucho que otro oferente trate a la víctima con dignidad, la dignidad perdida no puede sustituirse. Así JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL justifica también, desde el análisis económico, la imposición de una obligación de contratación en determinadas circunstancias al discriminador.

Las circunstancias que permiten concretar los supuestos en que las negativas a contratar son vejatorias y por tanto suponen un abuso de derecho son las siguientes: el que el criterio en que se funda la discriminación sea inmodificable,

que dicho criterio haya sido utilizado históricamente para determinar el status jurídico de las personas y el carácter observable de la conducta discriminatoria, pues sólo si ésta es pública puede producir status para el grupo del discriminador.

2. La prohibición del tratamiento discriminatorio de consumidores: el artículo 16.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

En su artículo 16.1, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante Ley 3/1991) contiene una prohibición de dar un trato discriminatorio a los consumidores:

> "Artículo 16. Discriminación y dependencia económica.
> 1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada."

Este precepto resulta de difícil encaje en una norma dedicada a la represión de la deslealtad competitiva y a la protección del orden concurrencial. Su ubicación en la Ley 3/1991 ha generado dudas en la doctrina sobre la finalidad perseguida por dicha prohibición y, como consecuencia de ello, sobre su alcance.

Una interpretación sistemática y técnica del precepto vedaría la posibilidad de considerar el art. 16.1 como un mecanismo de garantía de la igualdad de trato de los consumidores por parte de los oferentes que participan en el mercado. De acuerdo con el art. 2.2 de la Ley 3/1991, sólo puede considerarse desleal un acto que persiga una finalidad concurrencial. Sin embargo, el tratamiento discriminatorio de los consumidores por parte del oferente no suele perseguir la finalidad de promover las propias prestaciones o las de un tercero. JOSÉ MASSAGUER entiende que dicho requisito sí se cumpliría excepcionalmente en aquellos supuestos en que la conducta discriminatoria trata de dotar a los propios

productos de un alto grado de exclusividad, reduciendo el círculo de destinatarios de la prestación[197].

La exigencia de que el comportamiento discriminatorio persiga un objetivo concurrencial, vacía prácticamente de contenido al artículo 16.1 de la Ley 3/1991, con lo que la lectura que se impone es que el precepto, a pesar de su ubicación, sí forma parte de una política de protección de los consumidores[198]. LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO considera que garantizando a los consumidores la igualdad en el acceso a los bienes y servicios ofertados en el mercado, se defiende el mantenimiento de un orden competitivo leal, en el que el consumidor puede cumplir la función de árbitro del mercado[199]. Esta segunda interpretación de la disposición la convierte en relevante para este trabajo, a pesar de que ésta no esté destinada a poner freno específicamente a las conductas discriminatorias por razón de sexo y origen étnico.

El artículo 16.1 de la Ley 3/1991 protege al consumidor tanto frente a la fijación de precios desiguales de productos y servicios como frente a las negativas a suministrar o vender si la actuación empresarial que distingue entre consumidores se fundamenta en criterios arbitrarios y subjetivos y no puede ser justificada concurrencial y objetivamente[200].

El trato discriminatorio motivado por la aversión que el discriminador siente hacia personas de un determinado sexo u origen étnico es el prototipo de una discriminación subjetiva y arbitraria prohibida por el art. 16.1 de la Ley 3/1991. Cuando la discriminación por razón de sexo u origen étnico obedece a un motivo concurrencial, como puede ser al intento de procurar exclusividad al producto ofertado (*cartel-model*

---

[197] MASSAGUER (1999), *Comentario a la ley de competencia desleal*, p. 472.

[198] MASSAGUER (1999), *Comentario a la ley de competencia desleal*, p. 472; PORFIRIO CARPIO (2002), *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, p. 154.

[199] PORFIRIO CARPIO (2002), *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, pp. 158,159.

[200] PORFIRIO CARPIO (2002), *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, pp. 108, 131.

discrimination) o atender a la aversión de la propia clientela sin compartirla *(catering others aversion)*, la subsunción en el art. 16.1 de la Ley 3/1991 es más problemática. La idea sostenida por LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO de que dar un trato diferente estaría objetivamente justificado sólo si éste está basado en la capacidad de pago del consumidor, permitiría poner freno también a esas estrategias comerciales discriminatorias aplicando el art. 16.1 de la Ley 3/1991. Más dudas plantea la resolución de los supuestos en que el tratamiento discriminatorio de las mujeres en materia de precios se explica por el intento de adecuar la prima pagada a la prestación, utilizando el sexo como indicador de riesgo, como sucede en la contratación de seguros (*statistical discrimination)*.

Es importante destacar aquí que la protección otorgada por el art. 16.1 de la Ley 3/1991, no tiene su fundamento en el desequilibrio negocial existente entre las partes ni, por tanto, en la protección de la autonomía del consumidor. Como establece el 3.1 de la Ley 3/1991, ésta resulta se aplicable "a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado." LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO aclara que cualquier oferente profesional o particular con acceso concurrencial al mercado —incluso aquellos que lo hacen mediante una actuación aislada— queda sometido a la Ley 3/1991[201].

El artículo 16.1 de la Ley 3/1991 se perfila pues como un poderoso instrumento para hacer efectiva la protección frente a discriminaciones por razón de sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios. Sin embargo, y seguramente debido a su ubicación un tanto sorpresiva en una ley que trata de evitar la competencia desleal, esta disposición se ha invocado en pocas ocasiones por parte de los consumidores y nunca por las víctimas de comportamientos excluyentes por razón de sexo u origen étnico.

[201] PORFIRIO CARPIO (2002), *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, p. 75.

3. La protección otorgada por el artículo 512 del Código Penal español

El legislador español ha asumido "el deber positivo de dar efectividad a los derechos fundamentales" al que hacía alusión el Tribunal Constitucional y se ha guiado, así mismo, por los criterios elaborados por la doctrina. Una de las finalidades perseguidas por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que modificaba el Código Penal consistía, como el propio legislador expresa en la Exposición de Motivos de la ley, en:

> "avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Cierto que no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias."

El artículo 512 del Código Penal obedece a ese intento del legislador de poner freno a ciertas conductas discriminatorias que tienen lugar entre particulares:

> "Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años."

Esta disposición condiciona su aplicación al cumplimiento de los siguientes requisitos:

Para empezar, el art. 512 CP tan sólo se aplica a las negativas a prestar, con lo que la contratación en condiciones discriminatorias queda fuera de la prohibición.

Además, el prestador de bienes o servicios al que se refiere el art. 512 CP debe ser un profesional.

El tipo requiere que la víctima de la discriminación tenga derecho a la prestación que se le deniega. Mª DOLORES MACHADO RUÍZ y JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS[202] han considerado esta última condición el presupuesto básico de la conducta típica, pues como señala MACHADO RUÍZ: "si no hay derecho, no nace el deber de prestar el servicio requerido[203]".

Este presupuesto de hecho del tipo penal tiene su origen en el art. 511 CP que prohíbe a "[los] particular[es] encargado[s] de un servicio público que deniegue[n] a una persona una prestación a la que tenga derecho". En principio, todo usuario tiene derecho a que se le preste el servicio público demandado y de lo que se trataba era de señalizar que el usuario debía cumplir los requisitos establecidos para acceder a la prestación pública solicitada. En el caso de servicios prestados por particulares, no existe un derecho comparable a la prestación. La libertad de contratación garantiza justamente lo contrario, que el oferente pueda elegir libremente a la otra parte contratante. En sede del art. 512 CP, el requisito de que el usuario deba tener derecho a la prestación, parece apuntar a una renuncia tácita por parte del oferente a elegir individualizadamente al cliente. Sólo si el oferente ha manifestado su disposición a contratar con cualquiera, podrá entenderse que existe algo parecido a un derecho a la prestación. De ahí, que no puedan subsumirse en el art. 512 CP las discriminaciones que tienen lugar en la contratación de seguros o en la contratación bancaria, en las que el oferente no está dispuesto a contratar con cualquiera porque lleva a cabo una selección individualizada del cliente. Por la misma razón, el art. 512 CP tampoco prohíbe las conductas discriminatorias en el acceso a la vivienda.

La exigencia de dolo y de que la denegación de la prestación a la víctima tenga lugar "por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su

---

[202] BILBAO UBILLOS (2006), *Teoría y Realidad Constitucional*, p. 169.

[203] MACHADO RUÍZ (2002), *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos*, p. 205.

sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía" pueden suponer un obstáculo a la prohibición de las discriminaciones indirectas —figura a la que haré alusión ampliamente en el capítulo segundo de este trabajo—, en las que el discriminador no tiene porqué conocer el efecto excluyente de la medida con impacto adverso y en el que la negativa a contratar no se vincula a la característica objeto de protección sino a un criterio aparentemente neutro.

El problema principal del art. 512 CP es que éste no deja claro si el delito requiere de un dolo específico de actuar por motivos racistas o sexistas o si basta para su comisión con que el sujeto activo le de un trato peyorativo a la víctima por concurrir en ella alguno de los motivos típicos.

En la doctrina penalista prevalece la perspectiva de los que rechazan la existencia de elementos subjetivos del injusto y consideran que la conducta típica no requeriría una intención de discriminar. El delito consistiría, según Mª DOLORES MACHADO RUÍZ en la negativa a prestar determinados servicios a cualquiera que tenga derecho a ellos por despreciar determinadas características del solicitante[204].

[204] MACHADO RUÍZ (2002), *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos*, p. 321.

D. CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LAS DIRECTIVAS 2000/43/CE Y 2004/113/CE FRENTE A CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS EN EL ACCESO A BIENES Y SERVICIOS

I. Evolución del derecho de antidiscriminación en la Unión Europea

La Comunidad Económica Europea fue concebida como una unión de Estados que perseguía fundamentalmente la integración económica. Sin embargo, y ya desde un principio, los artífices de dicha unión propugnaron también la consecución de unos valores comunes, que "garantizar[án] el desarrollo social y la mejora continua de las condiciones de vida y laborales de la población europea[205]."

Entre esos valores se contaba el principio de igualdad retributiva de los trabajadores masculinos y femeninos, consagrado en el art. 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (en adelante TCEE)[206].

El alcance de dicha disposición era limitado tanto en lo que se refiere a los tipos de discriminación que buscaba combatir

---

[205] Ver *Defrenne* (STJCE de 8.4.1976, As. 43/75, apartado 8/11).

[206] "Artículo 119.

Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo."

–sólo prohibía las diferenciaciones motivadas por el sexo de la víctima- como a su ámbito de aplicación, pues regulaba tan sólo un aspecto de las relaciones laborales: la igualdad de retribución entre hombres y mujeres.

Dicho ámbito de aplicación originariamente restringido no obstó a que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante Tribunal de Justicia) convirtiera el art. 119 del TCEE en una de las regulaciones de política social más importante además de en un derecho equiparable a un derecho fundamental[207].

Lo que había empezado siendo una regulación modesta con un grado de protección incomparablemente menor al derecho a la igualdad previsto en los textos constitucionales nacionales, resultó ser el punto de partida de una evolución que culminó en la aprobación de unas Directivas que han obligado a los Estados miembros a revisar asunciones importantes de su derecho privado.

Este resultado pasó primero por la consagración del principio de igualdad de sexos como un principio rector de las relaciones laborales y después por la introducción del art. 13 en el Tratado de Ámsterdam, que establecía:

> "Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual."

La aprobación de dicho artículo fue clave[208] no sólo porque ampliaba los motivos que podían dar lugar a diferenciaciones

---

[207] STORK (2006), *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union*, p. 18; Sobre la evolución del derecho antidiscriminatorio europeo y el papel destacado que el Tribunal de Justicia ha desempeñado en ella, ver: LÓPEZ LÓPEZ/ CHACARTEGUI JÁVEGA (2000), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, pp. 5-26.

[208] A eso hace alusión JESTAEDT (2004), *VVDStRL,* p. 307 cuando afirma que la introducción del art. 13 en el Tratado de Ámsterdam supuso

prohibidas, sino también porque permitía extender la protección a las discriminaciones ocurridas en otros ámbitos distintos al derecho laboral.

El artículo 13 parece partir de la misma idea que, más adelante, JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS expresará del siguiente modo:

> "Si se parte del convencimiento de que la discriminación es un fenómeno social antes que jurídico, es evidente que no basta con desterrar la discriminación legal, eliminando cualquier vestigio de discriminación en las normas del ordenamiento estatal. Porque no estamos ante episodios aislados de tratamiento desigual, sino ante una práctica sistemática, generalizada, que muchas veces no viene impuestas por una norma jurídica sino que es el resultado de un patrón o pauta de conducta. Hay que combatir, por tanto, la discriminación social, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan proyección social, y resulten, por ello, intolerables[209]"

1. La aprobación de las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE

La reacción de la Comisión Europea a la promulgación del art. 13 del Tratado de Ámsterdam no se hizo esperar y, en el año 2000, ésta propuso la aprobación de dos Directivas en base a dicho artículo.

La primera era la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante Directiva 2000/78/CE).

---

un salto quántico *"Quantensprung"* en el desarrollo del derecho de antidiscriminación europeo. También BELL (2002), *Antidiscrimination Law in the European Union*, p. 143, que anunció que *"Article 13 cleraly marks a turning point in EU anti-discrimination law.*"

[209] BILBAO UBILLOS (2006) "Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público"en: PÉREZ ROYO/ URÍAS MARTÍNEZ/ CARRASCO DURÁN (ed.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los dias 3, 4 Y 5 de Diciembre de 2003,* p. 822.

Ésta, como su propio nombre muestra, establecía un marco general para la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación. Aunque esta Directiva no es objeto de análisis en este trabajo, por ser tan sólo aplicable a las relaciones laborales, juega un papel importante en la evolución del derecho de la antidiscriminación. En ella, el Consejo Europeo hizo uso de la posibilidad, que el art. 13 TCEE le confería, de extender la protección frente a discriminaciones a las acaecidas por motivos distintos del sexo de la víctima.

La segunda era la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (en adelante Directiva 2000/43/CE).

Aunque ésta sólo se aplicaba a las discriminaciones motivadas por el origen racial o étnico de la víctima, ampliaba su ámbito de aplicación objetivo al "acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda[210]."

La razón por la que se empezó por aplicar sólo la prohibición de discriminación racial o étnica al acceso a los bienes y servicios está clara: el legislador europeo, consciente de lo problemático que podía resultar imponer a los particulares en sus relaciones entre ellos la obligación de no discriminar, optó por limitar el alcance de ésta a aquellas discriminaciones consideradas más odiosas y que gozaban por tanto de menor aceptación social.

No sólo la doctrina atestigua un grado relativamente alto de consenso sobre la inadmisibilidad de dar un trato menos favorable a alguien por su origen racial o étnico[211]. Esta

[210] Art. 3. 1. h de la Directiva 2000/43/CE.

[211] REY MARTÍNEZ (2003), *Revista de Derecho Político*, p. 68: "la discriminación racial es la más odiosa de todas [...]"; BEZZENBERGER (1996), *AcP,* pp. 415, 433: *"Nicht nur unter besonderen und wechselnden Umständen des Einzelfalls, sondern grundsätzlich verstossen*

percepción queda también sustentada por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en la que ya desde su entrada en vigor 1969 los Estados partes se comprometían a prohibir y eliminar la discriminación racial en el acceso a la vivienda y "a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques[212]."

2. La aprobación de la Directiva 2004/113/CE

Cuatro años más tarde, el Consejo Europeo aprobó la Directiva 2004/113/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

Dicho instrumento, tenía un ámbito de aplicación objetivo equivalente al de la Directiva 2000/43/CE.

En tanto que uno de los supuestos de hecho más controvertido de este instrumento es la regulación que ésta prevé de la igualdad de primas en los contratos de seguros, la Directiva ha venido a llamarse en el ordenamiento alemán la *"Unisex-Tarif-Richtlinie"*.

Diskriminierungen nach Abstammung, Rasse oder Staatsangehörigkeit gegen die Sittenordnung"; En REY MARTÍNEZ (2003), *Revista de Derecho Político,* p. 87.

[212] Art. 5 e iii y f de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 7.3.1966.

II. Diferenciación y discriminación

Antes de ocuparme de la regulación concreta que de la discriminación hacen las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, empezaré por tratar de distinguir el concepto de diferencia de trato del de discriminación.

No toda diferencia de trato puede ser definida como una discriminación, pues en determinados supuestos, tratar de forma diferente puede estar justificado. Es la idea que se esconde tras las palabras un tanto provocadoras de MARTIN SCHMID-KESSEL cuando afirma que el contrato es discriminación: "*Vertrag ist Diskriminierung*"[213]. No hacer ninguna diferencia, tratar a todos por igual es incompatible con la idea de contratación en la que por definición uno decide vincularse con una persona y no con el resto del mundo.

De entre todas aquellas diferencias de trato que se dan en las relaciones entre particulares, el legislador elige algunas, que prohibirá, por considerarlas injustificadas.

Distinguir el concepto de discriminación del de diferencia de trato tendrá un papel relevante para la comprensión primero del funcionamiento de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE y después del régimen legal alemán y español.

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE utilizan ambos conceptos diferenciadamente, conscientes de que aquello que denominen discriminación deberán prohibirlo, porque la palabra —con excepción de la lengua inglesa— lejos de meramente describir una conducta, lleva implícito un juicio de valor negativo de dicho comportamiento.

Tanto la Directiva 2000/43/CE, como la Directiva 2004/113/CE prohíben todas las discriminaciones que

[213] SCHMID-KESSEL (2006), "Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverbote", en: LEIBLE/ SCHLACHTER (ed.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht,* p. 54.

nombran y permiten justificar ciertas diferencias de trato[214]. Además la Directiva 2004/113/CE prohíbe un único supuesto de diferenciación que no es discriminación por ser justificable pero no debe tampoco estar permitido por no ser considerado justificado: es el caso de las diferencias de primas basadas en los costes de embarazo y la maternidad, al que me referiré más adelante.

A diferencia de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE y las leyes de transposición europeas que siguen el ejemplo de los instrumentos que transponen, el derecho norteamericano usa indistintamente el concepto discriminación para referirse tanto a las discriminaciones como a las diferencias de trato. Aunque partiré de las teorías de la discriminación para presentar las distintas diferencias de trato que pueden darse, el lector no debe olvidar que el término inglés "*discrimination*" no equivale a discriminación sino que significa más bien diferencia de trato y es por tanto más amplio.

1. JOHN J. DONOHUE y las teorías de la diferenciación o *theories of discrimination*

Las diferencias de trato pueden catalogarse en cuatro, según los motivos del discriminador:

a) Animus-based discrimination

Un primer tipo de diferencia de trato es la *animus-based discrimination* motivada por la aversión del discriminador hacia la víctima de la discriminación.

> Son ejemplos de *animus-based discrimination* el caso del empresario al que le disgustan los trabajadores de etnia negra y se niega por tanto a contratarlos o el del policía que pone una multa a un conductor de un origen étnico distinto al suyo, cuando

[214] Las posibilidades de justificar diferencias de trato motivadas por el sexo son más amplias que las de justificar diferencias de trato debidas al origen racial o étnico de la persona. Esto se explica por lo que apuntaba antes de la consideración de especialmente odiosa que tiene la diferenciación basada en el origen racial.

de haber sido el ciudadano de su misma etnia no se la hubiera puesto[215].

b) Catering others aversion

Otro es aquel supuesto en el que el trato menos favorable que un sujeto da a una mujer o a una persona de etnia negra, obedece al intento de obtener beneficios de la aversión de otros sin compartirla *(catering others aversion)*.

> Un caso de *catering others aversion discrimination* fue el resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*BVerfG)* el 30.7.2003. Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento del tribunal fue el despido de la trabajadora de un centro comercial por llevar un velo islámico. El empleador justificaba su decisión empresarial apelando a la localización del establecimiento, que estaba situado en una zona rural y a las ideas de una clientela conservadora. El Tribunal Territorial de Trabajo (*Landesarbeitsgericht)* de *Hessen* dio por válido el despido. El Tribunal de Trabajo Federal (*Bundesarbeitsgericht*) anuló la decisión del Tribunal Territorial de Trabajo (*Landesarbeitsgericht)* de *Hessen* por considerar que el mero hecho de que el velo pudiera llamar la atención o éste fuera asociado por la clientela con el Islam, no justificaba el despido[216]. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (*BVerfG)* no dio lugar al recurso de amparo interpuesto por el empleador y afirmó: "la recurrente en amparo no ha probado de forma suficientemente plausible las desventajas económicas o perjuicios empresariales. La recurrente no puede invocar ni los usos en el sector ni las máximas de la experiencia."[217]

---

[215] DONOHUE (2007), *Handbook of Law and Economics*, p. 1394.

[216] BAG, 10.10.2002, *NJW 2003*, p. 1685: "*Es sind von der insoweit darlegungspflichtigen Beklagten keine Tatsachen vorgetragen worden, auf Grund derer es bei einem weiteren Einsatz der Klägerin als Verkäuferin mit einem islamischen Kopftuch zu konkreten betrieblichen Störungen oder wirtschaftlichen Einbußen kommen würde. Die für das Kaufhaus der Beklagten bisher ungewohnte Bekleidung der Klägerin und die Auffälligkeit des Kopftuchs mit den sich daraus ergebenden Assoziationen zum Islam rechtfertigen jedenfalls nicht per se eine andere Beurteilung*".

[217] BVerfGE, 30.7.2003, *NJW 2003*, p. 2816: "*Es hat das Abwägungsergebnis maßgeblich darauf gestützt, dass die Bf. Betriebliche Störungen oder wirtschaftliche Nachteile nicht hinreichend plausibel dargelegt habe. Insoweit konne sich die Bf. nicht auf Branchenüblichkeit oder die Lebenserfahrung berufen.* [...]".

Éste es también el supuesto del arrendador que no alquila viviendas a turcos, porque el resto de inquilinos son racistas o el dueño de un restaurante que niega la entrada en su restaurante a personas de etnia negra por la aversión de sus clientes hacia éstos.

c) Cartel-model discrimination

La *cartel-model discrimination* se explica por el deseo de elevar el status relativo del grupo al que pertenece el discriminador, bien aumentando su autoestima o eliminando la competencia que proviene de las víctimas de la discriminación.

El prototipo de la tercera categoría de discriminación son las restricciones informales de *Jim Crow* en los Estados Unidos que mantuvieron a las personas de etnia negra fuera de la industria textil durante el principio del siglo XX[218]. También podría considerarse *cartel-model discrimination* la exclusión de inmigrantes motivada por el miedo a la competencia que éstos suponen en el mercado de trabajo.

d) Statistical discrimination

No hay que olvidar la *statistical discrimination,* que consiste en la persecución de una finalidad distinta de la discriminación, que puede sin embargo lograrse más eficientemente si se tiene en cuenta el sexo o etnia de la víctima. Esta forma de discriminación responde al problema de la información imperfecta y al intento de basar decisiones contractuales en atributos observables, que pueden estar ligados a otros que no lo son.

El ejemplo paradigmático de discriminación estadística, que analizaré en profundidad más adelante, es la diferencia de primas que pagan hombres y mujeres en los contratos de seguros.

En el sector de la contratación bancaria se da también discriminación estadística: Es el caso del Banco que sólo concede préstamos a mujeres si éstas ofrecen un aval o se niega a otorgar a una embarazada un crédito hipotecario, porque

[218] DONOHUE (2007), *Handbook of Law and Economics*, p. 1409.

considera que el riesgo de no devolución del dinero es mayor en el caso de las mujeres[219].

También pueden subsumirse en la categoría de la discriminación estadística los casos de "*ethnic profiling*". Un supuesto de "*ethnic profiling*" es el resuelto por la Sala 2ª del Tribunal Constitucional el 29.1.2001 (RTC 2001\13; MP: Guillermo Jiménez Sánchez) en la que un funcionario de la Policía Nacional requirió a una mujer de etnia negra que se identificase, utilizando el criterio del origen racial como indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española.

2. Importancia de las teorías de la diferenciación para la regulación legal de la discriminación

Las teorías de la diferenciación no tienen tan sólo un valor meramente descriptivo. La razón que subyace a la decisión de dar un trato diferente a alguien afecta tanto a la elección de las conductas que deben estar prohibidas, como, en su caso, a las posibilidades de evitarlas y a las consecuencias jurídicas que la discriminación deberá tener.

Si comparamos unas formas de diferenciación y otras advertimos dos diferencias: una relativa a los efectos que la diferencia de trato tiene sobre el discriminador y otra concerniente a las consecuencias que ésta tiene para la víctima.

La primera diferencia, ha sido ya apuntada por JOHN J. DONOHUE[220]. Mientras que la *animus-based discrimination* obedece a una preferencia individual del discriminador, que tiende a perjudicarle en un mercado competitivo, en el caso de las tres categorías restantes, sucede justamente lo contrario, el discriminador obtiene un beneficio de su comportamiento. Discriminar en esos casos es incluso la expresión de un comportamiento estratégico o económicamente razonable.

---

[219] Ambos ejemplos tomados de la Propuesta de Directiva 2004/113/CE, COM (2003) 657, 10, que se basa en una encuesta del Eurobarómetro del año 2002.

[220] DONOHUE (2005), *Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Paper No. 101*, p. 9.

La segunda diferencia consiste en que las tres primeras categorías de diferenciación conllevan la desvalorización de la víctima, al contrario del caso de la *statistical discrimination,* en la que aunque el juicio de desvalor puede darse, éste no es constitutivo.

¿Cómo afectan o deberían afectar estos dos aspectos a la regulación de la diferenciación?

a) *Animus-based discrimination* y necesidad de prohibir esta forma de discriminación

El empresario racista que contratara a un trabajador de etnia negra debería hacer frente no sólo al coste que supone el salario, sino también a un coste adicional, a una *discriminatory psychic penalty*[221], que cuantifica el disgusto que le produce el contacto con la otra etnia. Esto le llevaría a no contratar a aquellos trabajadores negros cuyo trabajo resultara más eficiente que el de los blancos. Su aversión, que se traduciría en última instancia en mayores costes de producción, le convertiría en poco competitivo, con lo que el mercado tendería a expulsarle.

A esta conclusión llevaba el modelo que GARY S. BECKER utilizó para explicar la discriminación, que contemplaba como única causa de dicho fenómeno la aversión del discriminador[222]. Es también lo que sostenía MILTON FRIEDMAN[223], que entendió que si el mercado era capaz de solucionar el problema por sí mismo, no era necesario que el Estado interviniera.

Para expresarlo de forma menos extrema y más acorde con la tradición jurídica europea: La injerencia en la libertad de contratación del discriminador que supone prohibirle adoptar una conducta discriminatoria, podría no superar el juicio de

[221] DONOHUE (2007), *Handbook of Law and Economics*, p. 1396.

[222] La exposición de la doctrina de GARY S. BECKER la he tomado de DONOHUE (2007), *Handbook of Law and Economics*, p. 1396.

[223] DONOHUE (2005), *Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Paper No. 101*, p. 11.

proporcionalidad. El hecho de que el mercado pueda expulsar al discriminador por sí mismo, podría estar cuestionando la necesidad de adoptar una medida antidiscriminatoria.

En defensa de la necesidad de la adopción de una prohibición de discriminación puede aportarse un argumento de carácter empírico, que tiene que ver con la inadecuación del modelo de GARY S. BECKER para explicar la totalidad de los casos de discriminación. De ser cierto que el mercado es capaz de disciplinar al discriminador y acabar con dicho fenómeno, no se explica la persistencia de conductas discriminatorias. KENNETH J. ARROW lo formuló de una forma muy clarividente al afirmar que el modelo de GARY S. BECKER predecía la ausencia del fenómeno que trataba de explicar[224]. Esta observación no implica que el modelo de GARY S. BECKER, que se limitaba a explicar la discriminación apelando a la aversión del discriminador no pueda explicar ciertos supuestos discriminatorios. La debilidad de su modelo consistía en que no tenía en cuenta las otras tres formas de discriminación que ya he apuntado. El hecho de que los comportamientos discriminatorios puedan resultar estratégicos los blinda respecto del mercado, cuyo funcionamiento no puede garantizar su desaparición. Ante esa incapacidad del mercado, la necesidad de una actuación legislativa para poner freno a unas actitudes que cuestionan el principio de no discriminación parece justificarse.

En aquellos casos en que diferenciar es económicamente razonable, la adopción de la prohibición de discriminación sí será desde un principio necesaria, porque no habrá otra forma de evitar los comportamientos en cuestión.

[224] ARROW (1972), *Racial Discrimination in Economic Life,* p. 192: "*predicts the absence of the phenomenon it was designed to explain*".

b) ¿Puede la diferenciación estadística ser considerada una conducta discriminatoria?

Los supuestos de diferenciación estadística plantean una cuestión distinta, que los autores partidarios de la sujeción de los particulares al principio de igualdad ya intuían hace años e ilustraban con un ejemplo de diferenciación en los contratos de seguros.

En palabras de CLAUS-WILHELM CANARIS: "Así, la exigencia a los asegurados extranjeros de pagar un suplemento en el seguro de automóvil obligatorio, no plantearía ningún problema desde el punto de vista del art. 3 *GG*, porque las estadísticas muestran que el riesgo de sufrir un accidente es más elevado en el caso de los extranjeros. La razón de la diferencia en las primas es la propensión a sufrir a accidentes y no la condición de extranjero, de la que el asegurador tan sólo se sirve por ser ésta un indicio de aquella[225]."

La reflexión de CLAUS-WILHELM CANARIS plantea si el uso meramente descriptivo de un atributo, como el sexo o la etnia, puede ser considerado realmente incompatible con el principio de no-discriminación.

La idea de que la diferenciación estadística no supone un atentado contra la prohibición de discriminación y debe estar por tanto permitida, se sustenta, sobre todo, en argumentos económicos y de funcionamiento del *risk rating* y de la contratación de seguros, que analizaré en detalle al tratar el concepto de discriminación directa.

---

[225] CANARIS (1984), *AcP*, p. 236, Pie de página 114:*"So wäre ein Prämienzuschlag bei der Kfz-Haftpflichtversicherung für ausländische Versicherungsnehmer oder auch für Angehörige einer bestimmten Nation im Hinblick auf Art. 3 GG schon deshalb unbedenklich, weil (und sofern) diese statistisch gesehen ein signifikant höheres Schadensrisiko darstellen; denn hier ist nicht die Ausländereigenschaft als solche der Grund für die unterschiedliche Prämiengestaltung, sondern die statistisch höhere Schadensanfälligkeit, für die die Ausländereigenschaft lediglich als tatbestandliches Aufgreifkriterium dient."*

Sin embargo, la percepción de que esta forma de diferenciación debiera ser legítima tiene también que ver con la idea, de acuerdo con la cual, sólo las injerencias en los derechos de otros justifican la intervención de los poderes públicos prohibiendo determinadas prácticas.

Así, mientras que la *animus-based discrimination*, la *catering others aversion* y la *cartel-model discrimination* son más fácilmente reconducibles a una injerencia en el derecho de la víctima de la discriminación, la discriminación estadística obedece a otra estructura. En ésta no existe una intención por parte del discriminador de excluir o dañar, la diferencia de trato tan sólo incide en una situación de desigualdad ya dada. La discriminación estadística no pone en una situación peor a unas determinadas personas como hacen la *animus-based discrimination* la *catering others aversion* y la *cartel-model discrimination*. La discriminación estadística parte de la situación peor en que se encuentran ciertas personas y les da el trato que corresponde a esa peor situación. Se trata de una conducta neutral.

Prohibir esta forma de diferenciación requiere partir de un concepto amplio de discriminación, que supone no sólo prohibir las conductas discriminatorias que adoptan la forma de una injerencia en los derechos de otro sino también las que son, en el sentido de JÖRG NEUNER, "negativas a prestar".

III. El concepto de discriminación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

El concepto de discriminación directa de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE recoge en sus Artículos 2.2 a) y 2 a) estas ideas básicas que acabo de formular:

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE asumen la necesidad de regular un fenómeno, el de la discriminación, al que el mercado sólo podría dar respuesta en parte, pues éste puede tan sólo expulsar a un tipo de discriminador, el que actúa de forma antieconómica.

Los dos instrumentos europeos no pasan por alto que para que una diferencia de trato pueda ser considerada una discriminación y sea legítimo, por tanto, prohibirla, debe ir acompañada de un elemento adicional. Algo que transforme en reprobable lo que sería considerado, en principio, como una conducta neutral. Ese algo adicional será por regla general la falta de justificación de la diferencia de trato. El concepto de discriminación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE se configura así como un presupuesto de hecho, que pivota sobre dos elementos: la diferencia de trato y la ausencia de justificación.

Además las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE al definir las conductas que quieren regular, integran un concepto forjado por el Tribunal de Justicia, que nombra otra forma de diferenciación, que aunque puede ser catalogada como alguno de los cuatro tipos de discriminación a los que hacía referencia, se caracteriza por que en ella la motivación queda oculta. Se trata de la discriminación indirecta.

1. El concepto de discriminación directa

La Directiva 2000/43/CE hace alusión al primer elemento del supuesto de hecho de la discriminación directa en los siguientes términos:

> "Artículo 2.2 a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable."

Con un tenor distinto pero con el mismo significado, la Directiva 2004/113/CE afirma:

> Artículo 2 a "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: «discriminación directa»: la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo;"

Pero como ponía de relieve antes, el concepto de discriminación directa está constituido además por un segundo elemento, que es distinto según la conducta discriminatoria haya sido motivada por el origen étnico o el sexo de la persona afectada: la ausencia de justificación de la diferencia de trato.

La Directiva 2000/43/CE sólo prevé la posibilidad de justificar un trato desfavorable debido al origen racial de alguien en un supuesto muy concreto: el de las acciones afirmativas.

> Artículo 5
> "Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto."

La Directiva 2004/113/CE establece en su artículo 4.5 de forma más amplia que:

> "La presente Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a las personas de uno de los sexos esté justificada por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios."

Esta diferencia tiene mucho que ver con la idea, expresada ya por TILMAN BEZZENBERGER de que las discriminaciones étnicas ponen en cuestión el fundamento de una sociedad liberal[226], mientras que ciertas formas de discriminación sexual están todavía socialmente aceptadas.

> TILMAN BEZZENBERGER sostiene que la discriminación racial supone la vuelta a una forma de sociedad tribal y entiende por tanto que en el caso de discriminaciones raciales puede partirse de la vigencia de un principio de igualdad que está por encima de la ley y que justamente representa el fundamento de todo ordenamiento jurídico[227].

Empecemos por el elemento común a la discriminación racial y sexual, que es la diferencia de trato que se da a una persona justamente por su sexo u origen étnico.

a) Primer elemento del supuesto de hecho: la diferencia de trato

A efectos de determinar la existencia de una diferencia de trato, no tiene importancia la motivación del discriminador[228]. Las Directivas parten de un concepto amplio que, con el punto de mira en el resultado, abarca conductas que obedecen a motivaciones diversas.

Esto supone que los cuatro tipos de diferenciación que presentábamos antes puedan ser subsumidos en el concepto de diferencia de trato, que abarcará la *animus-based discrimination*, la *catering others aversion discrimination*, la *cartel-model discrimination* y la *statistical discrimination*.

En tanto que la prohibición de la *statistical discrimination* ha sido la que más discusión ha planteado haré una mención especial a ésta.

---

[226] BEZZENBERGER (1996), *AcP,* p. 433.
[227] BEZZENBERGER (1996), *AcP,* p. 412.
[228] BAER (2001), *ZRP*, p. 502; PICKER (2004), *Karlsruher Forum*, p. 15.

aa) La discriminación estadística y el *risk rating* en la contratación de los distintos tipos de seguros

La discriminación estadística basada en el sexo —y también, aunque en menor medida, en el origen étnico— del asegurado es un fenómeno muy común en la contratación de los distintos tipos de seguros. Tanto en los seguros de daños, como en los seguros de personas, el asegurador tiene en cuenta el sexo del tomador del seguro a efectos de determinar la cuantía de la prima que éste pagará. La diferencia de trato en base al sexo se explica por la necesidad de garantizar que las primas que paga el asegurado estén en relación con la probabilidad de que se produzca el daño frente al que se está asegurando[229].

Para determinar el riesgo asociado a cada asegurado, el asegurador utiliza indicadores de riesgo. Existen algunos indicadores, que podríamos calificar de neutrales desde el punto de vista del derecho de antidiscriminación[230]. Pero las aseguradoras tienen también en cuenta el sexo y el origen étnico del tomador del seguro en el momento de decidir si contratan con una determinada persona y en qué condiciones, porque estas características son factores importantes en el cálculo de riesgos: A modo de ejemplo, las estadísticas muestran que la esperanza de vida de las mujeres es mayor que la de los hombres[231].

El sexo tiene además, como indicador de riesgo, dos ventajas innegables para el asegurador respecto de otros indicadores alternativos y es que es visible y no cambia con

---

[229] BAER (2004), *NJW*, p. 1623.

[230] Ver FERNÁNDEZ CRENDE, *InDret* 4/2004, que analiza distintos criterios de clasificación de riesgos y llega a la conclusión de que el sexo es el único criterio factible de coste cero.

[231] Ver Instituto Nacional de Estadística: http://www2.ine.es/jaxi/tabla.do?type=pcaxis&path=/t20/p318/e01/l0/&file=02003.px "las compañías de seguros toman el sexo como factor determinante al evaluar el riesgo porque es de fácil utilización, y no por su valor real como indicación de la esperanza de vida."

el tiempo[232]. Por eso permite resolver de manera satisfactoria dos problemas a los que el asegurador se enfrenta:

El primero es la dificultad que las compañías aseguradoras tienen para obtener una información veraz sobre ciertos extremos relevantes, sea porque algunos están protegidos por el derecho a la intimidad del asegurado[233], o porque éste tiene muchos incentivos para mentir sobre ellos[234]. El sexo del asegurado puede determinarse de una forma nada costosa.

La segunda dificultad es la de garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas[235]: Los seguros de asistencia médica no funcionan, por ejemplo, como la seguridad social, sino con un sistema de capitalización. El asegurador fija las prestaciones que pagará el asegurado al comienzo de la relación contractual. Las posibilidades que éste tiene de resolver el contrato o de aumentar las prestaciones o primas por un aumento de los costes que tenga su origen en la persona concreta del asegurado son limitadas[236], con lo que tiene muchos incentivos a elegir indicadores de riesgo que permanezcan constantes. De lo contrario corre el peligro de no poder hacer frente a las obligaciones adquiridas[237].

Tras esta breve introducción al problema, entraré a determinar la forma que adopta el *risk rating* o la diferenciación estadística en tres tipos de seguros: los seguros de vida, los seguros de asistencia sanitaria y los

---

[232] LOOSCHELDERS (2006), *Diskriminierung im Versicherungsvertagrecht*: en LEIBLE/ SCHLACHTER (ed.): „Diskriminierungsschutz durch Privatrecht", p. 143.

[233] LOOSCHELDERS (2006), *Diskriminierung im Versicherungsvertagrecht*: en LEIBLE/ SCHLACHTER (ed.): „Diskriminierungsschutz durch Privatrecht", p. 150; WANDT (2004) *Karlsruher Forum 2004*, p. 133, que muestra la dificultad de utilizar indicadores de riesgo neutrales justamente por la intromisión en la intimidad que esto supone; FERNÁNDEZ CRENDE (2008), *InDret* 2/2004, pp. 7-17.

[234] FERNÁNDEZ CRENDE (2008), *InDret* 2/2004, p. 13.

[235] WANDT *(*2004*), Karlsruher Forum 2004*, p. 132.

[236] WANDT *(*2004*), Karlsruher Forum 2004*, p. 132.

[237] MUÑOZ GARCÍA (2007), *Igualdad de hombres y mujeres*, p. 488.

seguros obligatorios de responsabilidad civil de vehículos a motor.

(1) El *risk rating* en las distintas modalidades de seguros de vida

Según el art. 83 de la Ley del Contrato de Seguro española, que puede tomarse como referencia para la definición del seguro de vida:

"Por el seguro de vida el asegurador se obliga, mediante el cobro de la prima estipulada y dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a satisfacer al beneficiario un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, en el caso de muerte o bien de supervivencia del asegurado, o de ambos eventos conjuntamente."

Este concepto parte de dos grandes modalidades de seguros de vida, los seguros de supervivencia y los de muerte prematura, que en vistas de las diferencias que presentan entre ellas, dan lugar a diferenciaciones estadísticas distintas en base al sexo.

En los seguros de supervivencia la prestación del asegurador se efectuará si el asegurado sobrevive a una determinada fecha o edad, que suele coincidir con la fecha de jubilación, pero que no tiene porqué hacerlo. En los seguros para caso de vida de capital diferido el asegurado percibirá una cantidad de dinero, en los de renta vitalicia la prestación del asegurador consiste en el pago de una renta al asegurado mientras éste viva, que puede ser de percepción inmediata o diferida[238].

La diferente esperanza de vida de hombres y mujeres, de acuerdo con la cual las mujeres viven en Europa de media 6,16 años más que los hombres[239], determina que las

[238] TIRADO SUÁREZ (2006), *El seguro: Los seguros de personas*, p. 54.

[239] De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística, la esperanza de vida media al nacimiento de personas nacidas en 2007

mujeres paguen unas primas más altas que los hombres en los seguros de supervivencia.

En los seguros para caso de muerte la aseguradora se compromete a la entrega de un capital si la persona asegurada fallece. Este tipo de contratos de seguro puede establecerse por un período de tiempo determinado, de forma que el riesgo se considera realizado dando lugar a la prestación del asegurador si el fallecimiento del asegurado se produce dentro de ese período. A diferencia del seguro temporal, el seguro de vida entera, se contrata por un período de tiempo ilimitado con lo que el asegurado paga las primas de forma vitalicia[240].

En el caso de los seguros de muerte prematura sucede justamente lo contrario que en los seguros de supervivencia. Aquí son los hombres los que pagan las primas más elevadas, en la medida en la que la probabilidad de que un hombre muera es mayor.

(2) El *risk rating* en los seguros de asistencia médica

El seguro de asistencia sanitaria es el contrato por el cual el asegurador, a cambio del pago de una prima por parte del asegurado, se obliga a prestar al tomador del seguro los servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos o de internamiento en centros hospitalarios dentro de los límites establecidos en la póliza[241].

El Instituto Nacional de Estadística en Nota de Prensa de 20 de enero de 2009 se refería a la Encuesta de Morbilidad Hospitalaria del Año 2007 y apuntaba que el 53,6 % del total de altas en hospitales españoles correspondían a mujeres.

---

en la Unión Europea es de 75,84 años para los varones y de 82 años para las mujeres. Esto supone una diferencia de 6,16 años: http://www.ine.es/prensa/np584.pdf.

[240] TIRADO SUÁREZ (2006), *El seguro: Los seguros de personas*, p. 51.

[241] ELGUERO MERINO (2004), *El contrato de seguro*, p. 184.

Los episodios de embarazo, parto y puerperio originaron el mayor número de hospitalizaciones y supusieron un 13,1 % del total de altas y un 24,4 % de las hospitalizaciones de mujeres. Sin embargo, si no se tuvieran en cuenta las altas producidas por el embarazo, parto y puerperio, el mayor porcentaje de hospitalización correspondería a los hombres (53,4 %).

Respecto de la utilización de otros servicios sanitarios, los resultados del segundo y tercer trimestre de 2009 de la Encuesta Europea de Salud en España demostraban que el 40,9 % de las mujeres frente al 28,6% de los hombres habían acudido al médico en las cuatro semanas anteriores a la entrevista y que el 60,9 % de las mujeres frente al 45,4 % de los hombres manifestaban haber consumido algún medicamento en las dos semanas anteriores a la encuesta[242].

Las enfermedades crónicas más diagnosticadas entre la población de 16 o más años eran el dolor lumbar o cervical, la tensión alta, las alergias, la depresión, ansiedad crónica u otros trastornos mentales, las migrañas o dolores de cabeza frecuentes, el asma y la diabetes. El porcentaje de mujeres que sufren estas enfermedades es superior al de los hombres, especialmente en el caso de las depresiones, ansiedad crónica u otros trastornos mentales (un 16 % de las mujeres frente a un 7 % de los hombres) y de las migrañas o dolores de cabeza frecuentes (un 17 % de las mujeres frente a un 6 % de los hombres)[243].

Estos datos, que apuntan a que las mujeres generan más gastos médicos que los hombres llevan a que, en los seguros de asistencia médica, las mujeres paguen unas primas más elevadas que los hombres.

[242] Nota de prensa de 21.12.2009 del Instituto Nacional de Estadística sobre la Encuesta Europea de Salud en España.

[243] Nota de prensa de 21.12.2009 del Instituto Nacional de Estadística sobre la Encuesta Europea de Salud en España.

Sirva de ejemplo la comparativa de precios elaborada en mayo de 2009 por SONIA DE PAZ COBO, RAQUEL CARO CARRETERO y JUAN MANUEL LÓPEZ ZAFRA[244], que calcularon la prima correspondiente al producto estándar que pagaría una persona de 28 años residente en Madrid.

Comparativa de precios en el seguro de salud

COMPAÑÍA	*% CUOTA MERCADO*	*PRIMA HOMBRE (€)*	*PRIMA MUJER (€)*	*DIFERENCIA %*
ADESLAS	20,41	52.72	67.08	*27*
ASISA	13.00	59.00	59.00	*0*
SANITAS	16,82	51.55	71.28	*38*
MAPFRE CAJA SALUD	7,91	42.70	56.13	*31*
GRUPO DKV SEGUROS	5,68	48.47	70.83	*46*

(3) El *risk rating* en el seguro obligatorio de responsabilidad civil del automóvil

En el seguro obligatorio de responsabilidad civil por el uso y circulación de vehículos a motor el asegurador se obliga, a cambio de la prima pagada por el asegurado, a cubrir el riesgo de nacimiento de una deuda de responsabilidad civil en el patrimonio del asegurado, derivada de hechos de la circulación de los que resulten daños corporales o materiales para terceros[245].

En el caso de los seguros obligatorios de responsabilidad civil del automóvil la clasificación de los riesgos a efectos de fijar la prima se lleva a cabo en base a distintos factores que afectan al vehículo, a la circulación y al conductor. Las variables que afectan al vehículo son, por ejemplo, la categoría del vehículo, la marca y el modelo, la potencia, el color del automóvil. Los factores relativos a la circulación tratan de tener en cuenta tanto el uso que se da al vehículo, atendiendo a la frecuencia con que éste se utiliza, como la

[244] DE PAZ COBO/ CARO CARRETERO/ LÓPEZ ZAFRA (2010), *El principio de igualdad sexual en el Seguro de Salud. Análisis actuarial de su impacto y alcance,* p. 18.

[245] MORRILLAS JARILLO (1992), *El seguro del automóvil*, p. 20.

zona en que éste circula y su peligrosidad, que depende de extremos como el estado de las infraestructuras, la pluviosidad, la densidad de tráfico o la naturaleza de rural o urbana del lugar. Las características del conductor que son tomadas en cuenta son el sexo y la edad de éste, la antigüedad de su permiso de conducción, su estado civil y número de hijos[246].

En la contratación de seguros obligatorios de responsabilidad civil por el uso del automóvil se daban, además de diferenciaciones en base al sexo, también diferenciaciones debido al origen étnico del asegurado.

Ya en el año 1994, el legislador alemán trató de hacer frente, con la aprobación del § 81 e VAG[247], al problema de que las aseguradoras bien se negaban a contratar con extranjeros o lo hacía sólo a cambio de que éstos pagaran unas primas más elevadas que el resto de asegurados:

> § 81 e VAG: „Deberá ser considerada una situación anómala, en el sentido del § 81.2, la fijación de tarifas o el cálculo de primas, que tengan en cuenta la nacionalidad del tomador del seguro o asegurado o su pertenencia a un grupo étnico."[248]

Era ésta la respuesta a un fenómeno que ya había sido denunciado por la jurisprudencia, como muestra la sentencia del Tribunal Territorial (*Landgericht)* de Rottweil de 30.12.1988, que consideró nula la resolución de un contrato de seguro obligatorio de coche por parte de una aseguradora, que actuó motivada por la nacionalidad turca del asegurado:

> „La resolución del contrato estuvo motivada tan sólo por la nacionalidad turca del demandante y no porque ésta encarnara

---

[246] GUILLÉN ESTANY (2005), *El seguro de automóviles: estado actual y perspectiva de la técnica actuarial*, p. 16.

[247] Ley sobre la supervisión de las compañías aseguradoras *(Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen)*

[248] § 81 e VAG: „Als Mißstand im Sinne des § 81 Abs. 2 sind auch Tarifbestimmungen und Prämienkalkulationen anzusehen, die auf die Staatsangehörigkeit des Versicherungsnehmers oder Versicherten oder auf deren Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe abstellen."

> un riesgo especial. Esto lo considera el Tribunal como probado en vistas de la circular que envió el demandado. Ésta pone de manifiesto que, tras el intento frustrado por parte de la demandada de que la entidad supervisora autorizara un suplemento de riesgo para turcos y yugoslavos, la aseguradora trató de limitar el círculo de asegurados de dicha procedencia. La intención del demandado era deshacerse de sus vínculos contractuales con todo nacional turco"[249].

Respecto de las diferenciaciones por razón de sexo, hay que tener en cuenta que según los datos de la Dirección General de Tráfico, de un total de 6.812 conductores implicados en accidentes de tráfico con víctimas en el año 2007, 5.492 eran hombres y 1.320 eran mujeres.

Esto lleva a que los hombres paguen unas primas más altas que las mujeres en la contratación de este tipo de seguros.

bb) *Risk rating*: ¿diferenciación justificada o discriminación?

(1) Primera hipótesis: el *risk rating* como diferenciación justificada

Una posible interpretación del *risk rating* en base al sexo y origen étnico es que éste constituye una diferenciación justificada. En tanto que la discriminación está presuponiendo que se da un trato distinto a dos supuestos iguales o prácticamente iguales, la diferenciación estadística

[249] LG Rottweil, *NJW-RR 1989*, p. 536: *"Diese von der Bekl. ausgesprochene Kündigung erfolgte allein deshalb, weil der Kl. türkischer Staatsangehöriger ist und nicht deshalb, weil sich gerade in seiner Person für die Bekl. ein besonderes Vertragsrisiko verwirklicht hätte. Dies erachtet das Gericht für erwiesen aufgrund des Rundschreibens der Bekl. vom 30. 3. 1987, in welchem deutlich wird, daß die Bekl., nachdem ihr Versuch, für türkische und jugoslawische Staatsangehörige ganz allgemein vom Bundesaufsichtsamt Risikozuschläge genehmigt zu erhalten, gescheitert war, bestrebt war, die Kraftfahrtversicherung für diesen Personenkreis allgemein zu beschränken. Die Absicht der Bekl., sich auch von bestehenden Versicherungsverträgen mit türkischen Staatsangehörigen ganz allgemein zu lösen, verdeutlicht so dann weiter ihr Schreiben vom 27. 4. 1987."*

no es tal, pues ésta tan sólo responde a la diferencia existente entre dos supuestos. Los datos estadísticos ponen de manifiesto que no es lo mismo asegurar a un hombre que asegurar a una mujer.

Retomando el ejemplo de CLAUS-WILHELM CANARIS, en tanto que la probabilidad de que un extranjero sufra un accidente es mucho más elevada que, que lo sufra un nacional, asegurar a un extranjero y a un nacional no pueden ser consideradas situaciones comparables[250].

Esta posición se explica porque el objeto del contrato de seguros es la gestión del riesgo y, por tanto, la única característica relevante para un asegurador es la probabilidad de que el riesgo frente al que está asegurando se produzca. Desde el punto de vista de la compañía aseguradora, el cálculo de riesgos es un método neutral que garantiza la igualdad, pues éste hace posible que los riesgos iguales paguen primas iguales. La utilización del sexo del asegurado como indicador de riesgo no es una diferencia de trato por razón del sexo, sino una diferencia de trato debida al mayor o menor riesgo, que el sexo indica.

---

[250] Como veremos más adelante tanto las Directivas como la Ley Orgánica 3/2007 y el *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* definen la discriminación como dar un trato diferente a una situación comparable: Art. 2.2.a de la Directiva 2000/43/CE: "existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en **situación comparable**"; Art. 2 a) de la Directiva 2004/113/CE: "discriminación directa": la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en una **situación comparable**, por razón de sexo; Art. 6.1 de la Ley para la igualdad: "Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en **situación comparable.";** *§ 3 (1)* del *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: "Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer* ***vergleichbaren Situation*** *erfährt, erfahren hat oder erfahren würde."*

Con independencia de que no exista una relación causal entre el sexo y la esperanza de vida y de que la diferencia biológica no sea el factor determinante de la duración de la vida de una persona, las mujeres corren un mayor riesgo de sobrevivir a una determinada edad o causar más gastos médicos que los hombres.

(2) Segunda hipótesis y conclusión: el *risk rating* como discriminación

Desde la óptica del derecho antidiscriminatorio y la prohibición de discriminación directa por razón de sexo, sólo cabría entender que asegurar a un hombre y a una mujer no son situaciones comparables, si existiera una relación de causalidad entre el hecho de ser mujer y el aumento del riesgo, es decir si cada mujer tomada individualmente corriera un riesgo mayor que cada hombre[251]. Determinar si esto es así o no depende del concepto de riesgo del que se parta.

Una primera definición consistiría en entender el riesgo como la probabilidad estadística de que se realice un daño. Dicha probabilidad se determina mediante la agrupación de los individuos en grupos de riesgo que se forman en base a diversos indicadores de riesgo. El riesgo individual de cada componente del grupo se calcularía dividiendo el riesgo medio del grupo entre el número de personas que lo constituyen. De acuerdo con esta definición, cada mujer sí debe hacer frente a un riesgo mayor que cada hombre[252].

Existe, sin embargo, otra posible definición del riesgo, según la cual, el riesgo individual se concreta en el daño efectivamente producido. Esto supondría que sólo cabría establecer primas distintas en función del sexo si toda mujer causara mayores costes que cada hombre[253], cosa que es más bien improbable. Esta concepción del riesgo llevaría a considerar discriminatoria la discriminación estadística.

---

[251] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit,* p. 232.
[252] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit,* p. 233.
[253] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit,* p. 233.

En la medida en que ambas definiciones del riesgo son viables, en principio, es sostenible el argumento esgrimido por las compañías aseguradoras de que dar un trato distinto a mujeres y hombres en la contratación de seguros no es discriminatorio porque obedece a las diferencias existentes entre dos supuestos de hecho.

Pero, si se tienen en cuenta las distintas componentes del derecho antidiscriminatorio, la conclusión es otra. El *risk rating* en base al sexo amenaza tanto la componente de protección individual como la de protección colectiva del derecho a no ser discriminado por razón de sexo y origen étnico.

Desde el punto de vista de la protección de la individualidad, la discriminación consiste en que una mujer concreta es tratada de forma menos favorable que un hombre por la aplicación de promedios, aunque ambos, tomados individualmente, no se diferencien[254]. Una mujer que viva los mismos años que un hombre pagará, en caso de contratar un seguro de supervivencia, por la misma prestación, una prima más elevada que el hombre. Una mujer que no tenga hijos y acuda al médico exactamente las mismas veces que un hombre, pagará también más que éste por el mero hecho de ser mujer.

La clasificación de los riesgos según el sexo u origen étnico del asegurado es criticable también desde la componente colectiva del derecho antidiscriminatorio por distintas razones.

En primer lugar supone repartir las consecuencias sociales de la discriminación tan sólo entre los miembros del colectivo discriminado. La exclusión social de ciertos colectivos afecta a la posición en sociedad de los miembros de éste y tiene como consecuencia que ciertas desventajas perjudiquen más frecuentemente a las mujeres o a los componentes de minorías étnicas.

---

[254] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit,* p. 233.

A modo de ejemplo, el hecho de que se establecieran tarifas más altas para asegurados de determinadas nacionalidades –yugoslava, griega, turca– u orígenes étnicos en los seguros obligatorios de responsabilidad civil del automóvil se explica porque éstos estaban involucrados con mayor frecuencia en accidentes. Esto podría tener que ver con que las familias pertenecientes a minorías étnicas pueden permitirse tener, tan sólo, un vehículo y por tanto lo usan más y con ello aumenta el riesgo de accidente.

Otro ejemplo que ilustra lo que supone sufrir las consecuencias negativas de la discriminación es el hecho de que las mujeres padecen enfermedades crónicas como depresiones o ansiedad con más frecuencia que los hombres. Los expertos explican la especial vulnerabilidad de las mujeres frente a estas enfermedades por las cargas de género que éstas soportan. La aceptación por parte de las mujeres de la doble jornada y la especial presión que éstas sienten en la vida cotidiana, tienen que ver con la reclusión histórica de la mujer en el hogar y con la educación que éstas reciben, de acuerdo con la cual las tareas domésticas y de cuidado de familiares deben recaer principalmente sobre ellas.

En segundo lugar, la práctica de fijar las primas en función del sexo o etnia del asegurado atenta contra el derecho a no tener que hacer frente a un tratamiento menos ventajoso por pertenecer a un determinado colectivo históricamente excluido. Esto es lo que ocurre justamente con las mujeres en la contratación de seguros médicos y de supervivencia.

En tercer lugar, la discriminación estadística en los seguros lesiona el derecho a no ser tratado conforme a estereotipos. Las mujeres, en la contratación de seguros médicos, deben hacer frente al estereotipo de estar más frecuentemente enfermas que los hombres.

> A la existencia de dicho estereotipo y sus consecuencias hace referencia el *Informe salud y géner*o *2006*, editado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, p. 71: “Los estereotipos de género tradicional, asociados a la construcción de una imagen de

> la mujer como más débil, pasiva, dependiente y con ciertas patologías inespecíficas, se repiten, y es este modelo previo el que se transmite entre los profesionales sanitarios y hace que, ante situaciones inespecíficas expresadas por las mujeres (donde no existe una patología clara), médicos y médicas tiendan a prescribir psicofármacos."

Con independencia de que esos estereotipos puedan tener cierta base empírica, justamente una de las cuestiones interesantes que plantea la existencia de estereotipos es la medida en que su mera existencia tiene el efecto de promover la realización de aquello que el estereotipo predice.

De los argumentos aportados aquí se concluye que la discriminación estadística en la contratación de seguros, no es un método de cálculo de riesgos neutral, que deba resultar indiferente al derecho antidiscriminatorio.

cc) Análisis crítico de los argumentos aportados a favor del *risk rating*

La prohibición de la diferenciación estadística en base al sexo en la contratación de seguros es muy controvertida, porque como mostraban los datos a los que hacía referencia existe una explicación razonable para la adopción de dicha práctica que tiene principalmente que ver con el funcionamiento del contrato de seguro.

(1) La teoría general del seguro y su funcionamiento

El contrato de seguro es una modalidad contractual de acuerdo con la cual el asegurador se obliga, a cambio de una prima pagada por el tomador del seguro, a realizar la prestación pactada, si se produce el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura.

La obligación del asegurador queda vinculada al cobro de la prima del seguro, con lo que se establece una correlación entre la cobertura del riesgo por parte del asegurador y el pago de la prestación por el asegurado.

En el contrato de seguro el cumplimiento de la prestación por parte de la compañía de seguros, depende de que ésta sepa gestionar la colectividad de los riesgos que se le someten, de forma tal que garantice certeza en la cobertura. Esto se produce porque existe una mutualidad entre los asegurados, por la que la colectividad de éstos contribuye recíprocamente a soportar los costes de realización de los riesgos que afectan a alguno de ellos[255].

La decisión sobre la celebración del contrato por parte del asegurador depende de la asegurabilidad del riesgo, que presupone un estudio de las probabilidades de que éste se produzca. Ese estudio es la base del cálculo actuarial que lleva a cabo el asegurador y que consiste en la distribución de cada riesgo individual entre el colectivo de asegurados.

Si se adopta un punto de vista individual, el contrato de seguros puede verse como un juego en el que el tomador del seguro apuesta por la realización del evento y el asegurador apuesta por lo contrario y por eso está dispuesto a comprometerse a sufragar los costes de producción del riesgo a cambio de un precio inferior a dichos costes[256]. Otra posible lectura del seguro tiene que ver con la idea de la aversión al riesgo del tomador del seguro que no vería en éste una apuesta de futuro sino más bien la satisfacción de su preferencia actual por unos ingresos más bajos pero seguros frente a unos ingresos más altos pero inseguros[257].

El asegurador no puede adoptar, sin embargo, un punto de vista puramente individual sino que debe ver cada contrato de seguros como un elemento del colectivo. Esto tiene que ver con la ley de los grandes números, de acuerdo con la cual la probabilidad de que se produzca un daño sólo se convierte en previsible, y por tanto gestionable para el asegurador, si se refiere a un colectivo. Pero también viene determinado por la mutualidad entre los asegurados a la que

[255] MUÑOZ GARCÍA (2008), *Igualdad de hombres y mujeres*, p. 477.
[256] MUÑOZ GARCÍA (2008), *Igualdad de hombres y mujeres*, p. 477.
[257] COOTER/ ULLEN (2008), *Law & Economics*, p. 52.

hacía alusión antes. El resultado del cálculo de la viabilidad de contratar es diferente si éste tiene en cuenta tan sólo el contrato concreto de forma aislada o si éste se ve como un elemento de un conjunto. Pues en el segundo de los casos, la viabilidad dependerá de que asumiendo que algunos de los riesgos se van a realizar y otros no, se pueda hacer frente a ellos con la totalidad de las primas abonadas. Dicho en otros términos, la mutualidad permitirá al asegurador ofertar la celebración de un contrato a "riesgos peores", porque los "riesgos mejores" estarán sufragándolos.

La viabilidad del contrato está dependiendo entonces de que el cálculo de probabilidades se lleve a cabo garantizando "una perfecta equivalencia entre la prestación y contraprestación, que ha de buscarse en la relación entre el conjunto de las prestaciones del asegurador y la del colectivo de los asegurados y no en las prestaciones de cada contrato individualmente considerado[258]."

Para ello es necesario que el asegurador determine el grado de probabilidad de que el riesgo se realice teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias relevantes en cada caso y que fije la prima a pagar por cada asegurado basándose en las concretas características que influyen en las posibilidades de que se produzca el evento. Pero también es de vital importancia que sepa llevar a cabo una agrupación homogénea de los riesgos imprescindible para llevar a cabo el cálculo de probabilidades. Se convierte así en un elemento esencial de la actividad aseguradora la facultad de tratar de forma diferenciada los riesgos en función de las posibilidades de que éstos se realicen.

Si el asegurador no es capaz de garantizar una correlación entre la prima pagada y la probabilidad de realización del daño en cada caso individual, éste podría ver amenazada su actividad por dos fenómenos: el del riesgo moral y el de la selección adversa.

[258] MUÑOZ GARCÍA (2008), *Igualdad de hombres y mujeres*, p. 480.

(1.1) El fenómeno del riesgo moral

Se denomina riesgo moral a un cambio de comportamiento del asegurado tras la contratación del seguro, que suponga la adopción de un nivel de precaución menor y que cause un aumento de la probabilidad de que se realice el riesgo frente al que se ha asegurado[259].

Si la prima a pagar por el asegurado se fijara sin tener en cuenta el aumento de la probabilidad de realización del riesgo debida al riesgo moral, la prestación podría ser demasiado baja poniendo en peligro la viabilidad de la actividad aseguradora. En la medida en que las compañías aseguradoras son conscientes de este problema, éstas adoptan sistemas de franquicias que suponen que el asegurado asuma una parte del daño causado si el riesgo se produce. En el caso de la *coinsurance*, el asegurado se hace cargo de un porcentaje del coste, si la franquicia adoptada es un *deductible*, el asegurado deberá cargar con un montante fijo del daño y la compañía aseguradora sólo deberá pagar si los costes superan esa cuantía[260].

(1.2) El fenómeno de la selección adversa

El otro problema al que las aseguradoras deben hacer frente es la selección adversa, que aparece debido a las dificultades que suponen distinguir adecuadamente a los mejores riesgos de los peores. Aunque la ley de los grandes números permita a las aseguradoras determinar la probabilidad de que se produzca el evento asegurado, se trata tan sólo de probabilidades medias. Así, partiendo del ejemplo de ROBERT COOTER, en la medida en que los hombres solteros de entre 16 y 25 años, tienen una probabilidad mucho más alta de tener un accidente de coche, que otro grupo identificable, la compañía aseguradora les exigirá el pago de una prima más alta que a los miembros de otros grupos. Pero, incluso aunque la media de hombres

[259] COOTER/ULLEN (2008), *Law & Economics*, p. 53.
[260] COOTER/ULLEN (2008), *Law & Economics*, p. 53.

solteros de entre 16 y 25 años, estén involucrados en más accidentes de coche, esto no quita que algunos hombres de esa edad no sean más precavidos que la media. Si asumimos que el individuo conoce mejor que la aseguradora el riesgo de que se produzca el daño, en tal caso la asimetría de la información llevará a que sólo los malos riesgos contraten seguros, mientras que los buenos riesgos no lo harán.

(1.3) ¿Produce la prohibición de establecer diferencias de primas en función del sexo realmente el efecto de la selección adversa?

Algunos autores se han pronunciado en contra de la prohibición de establecer primas diferentes en base al sexo del asegurado argumentando que dicha medida podría tener el efecto no deseado de la selección adversa[261]. Ésta amenaza, como decía, al asegurador que fija las primas sin tener realmente en cuenta el riego de que se produzca el daño frente al que está asegurando. En tal caso, los asegurados que presentan una probabilidad menor de sufrir el daño acudirían a aquellas compañías de seguros, que les aseguraran pagando unas primas menores o sencillamente elegirían otros productos financieros.

Sin tratar de cuestionar, en abstracto, la existencia del fenómeno de la selección adversa, no puede ignorarse que existen voces que tratan de matizar sus efectos.

Para empezar, "el argumento de la selección adversa se basa en la asunción de que los asegurados tienen un conocimiento implícito o explícito mayor del estatus de su riesgo y que buscan explotar su conocimiento superior mediante sus decisiones de adquisición de seguros. Hay dos tendencias de investigación psicológica que arrojan dudas sobre estos argumentos. La primera tendencia es la conocida investigación sobre "toma de decisiones en situación de

[261] MUÑOZ GARCÍA (2008), *Igualdad de hombres y mujeres*, p. 488; FERNÁNDEZ CRENDE (2004), *InDret 2/2004*, p. 5

incerteza". Esto implica que, aunque las personas intenten adoptar decisiones sobre la contratación de seguros (y muchas otras) basadas en la probabilidad, son extremadamente malos haciéndolo. La segunda tendencia, menos conocida, puede ser caracterizada como "toma de decisiones en situación de ignorancia". Ésta implica que las decisiones sobre la contratación de seguros probablemente no se toman en absoluto en base a reflexiones probabilísticas[262]."

Estas reflexiones adquieren especial relevancia en el ámbito de los contratos de seguros de vida. Respecto de los seguros de muerte prematura, en éstos el grado de incerteza es muy alto porque justamente frente a lo que aseguran estos productos es frente a un suceso inesperado que produzca la muerte del asegurado, con lo que las posibilidades que éste tiene de conocer el estatus de su riesgo son pocas. Respecto de los seguros de vida, la intransparencia del sector, así como la multiplicidad de productos que se ofrecen, dificulta que los asegurados adquieran un conocimiento tal del mercado que les permita tomar la decisión que está presuponiendo la selección adversa. Los costes de información hacen que el asegurado tienda a ser conservador.

Además la selección adversa depende de toda una serie de contingencias. Ésta presupone la existencia de un asegurador alternativo que sí tenga en cuenta el indicador de

[262] Cuestiona también que ésta tenga lugar: WRASE/ BAER (2004), *NJW*, p. 1626; THOMAS (2007), *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, p. 118: *"Adverse selection stories rely on assumptions that insured have better implicit or explicit knowledge of their risk status than the insurer, and seek to exploit this superior knowledge through insurance purchasing decisions. There are two strands of psychological research that cast doubt on these stories. The first strand is the well known research on ''decision making under uncertainty''. This carries the implication that while people might attempt to make probabilistic decisions about buying insurance (and many other matters), they are extremely bad at doing so. The second, less well-known strand might be characterised as ''decision making under ignorance''. It carries the implication that decisions about insurance are probably not made by probabilistic thinking at all."*

riesgo en cuestión, que el asegurado conozca la existencia de dicha compañías de seguros, que exista una situación de competencia entre la aseguradora amenazada por la selección adversa y la beneficiada por ésta[263]. Pero, en tanto que la prohibición afectaría a toda compañía de seguros, no existirían alternativas equivalentes a las que el consumidor pudiera acudir.

Pero lo más importante es que incluso si se asume que el consumidor tiene el conocimiento requerido del mercado y que se dan las contingencias a las que hacía alusión, esto no pone en cuestión la prohibición de diferenciar en función del sexo del asegurado. Tan sólo aporta argumentos en favor de una fijación individualizada de las primas. Pero que no pueda utilizarse el sexo como indicador de riesgo no supone que no puedan utilizarse otros alternativos y de hecho mucho más fiables.

Además las posibilidades de combatir la selección adversa no se reducen a la fijación adecuada de las primas a priori sino que existen otros métodos alternativos, como los sistemas de franquicias, a los que me refería en sede de riesgo moral[264]. La adopción por parte del asegurado de una parte del coste económico de la realización del evento lleva a que los riesgos realmente altos no estén dispuestos a contratar en esas condiciones e incentiva la contratación por parte de los buenos riesgos. Así, en el caso de los seguros de asistencia médica podría adoptarse el sistema del copago y en el caso de los seguros de supervivencia podría fijarse una prestación final que disminuyera proporcionalmente con el paso de los años o si el asegurado supera una determinada edad. Esta solución es más respetuosa con los objetivos del derecho antidiscriminatorio y conlleva un reparto de los costes que tiene en cuenta quien los causa realmente, pues el asegurado que pagará más será aquel que efectivamente reciba la prestación. Prevalece aquí la realidad frente a una probabilidad estadística.

---

[263] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit,* p. 221.
[264] COOTER/ ULLEN (2008), *Law & Economics*, p. 53.

(2) La prohibición del *risk rating* y el impedimento de comportamientos económicamente razonables

A la crítica que cuestiona la relevancia del sexo como indicador de riesgo, podría responderse con un contra argumento económico.

La prohibición de la diferenciación estadística supone impedir al asegurador que pretendía diferenciar en función del sexo o origen étnico, la adopción de un comportamiento económicamente racional. La obligación de dar el mismo trato a todos los ciudadanos independientemente de los atributos que reúnen, impone al obligado la carga económica de determinar la existencia de otros indicadores más costosos de identificar y variables en el tiempo.

El problema radica aquí, no tanto en la legitimidad del fin perseguido, que no se cuestiona, sino en que el contratante afectado por la prohibición de discriminación debe asumir los costes asociados a la realización una finalidad pública, como es la erradicación de la discriminación[265]. Esto crea incentivos al afectado para evitar que se le aplique la prohibición. Pero además suscita dudas sobre la legitimidad de imponer a ciertos particulares obligaciones tendentes a garantizar fines de interés general. Si la consecución de dichas finalidades redunda en beneficio de la sociedad en su conjunto parece razonable que sea ésta la que asuma los costes que la prohibición de la discriminación conlleva.

Para empezar, habría que aclarar que el asegurador no va a ser quien acabe asumiendo los costes que presumiblemente genere la adopción de primas unisexo, puesto que éste va a repercutirlos entre el colectivo de los asegurados.

Respecto de la idea de que debe ser la sociedad en su conjunto la que sufrague los gastos que genera la consecución de intereses generales, esto ya sucede cuando

[265] BRITZ (2004), *VVDStRL,* p. 380.

la prestación se realiza de forma pública. Sin embargo, si algunos asegurados desean acudir a alternativas privadas, parece razonable que dichas alternativas se oferten respetando los principios básicos sobre los que se sustenta el ordenamiento jurídico.

(3) El derecho a la intimidad y la utilización de indicadores de riesgo alternativos al sexo.

Las compañías de seguros defienden también la utilización del sexo del asegurado como indicador de riesgos apelando al derecho a la intimidad del asegurado. Éste pone trabas a la utilización de otros indicadores como el estilo de vida o la disposición genética, que exigirían de la averiguación por parte de la aseguradora de extremos que afectan a la vida privada del asegurado[266].

Es cierto que la posibilidad de tener en cuenta la disposición genética del tomador de seguros, que podría ser un indicador mucho más adecuado, objetivo y fiable, es muy controvertida por la intromisión que ésta puede conllevar en el derecho a la intimidad o privacidad genética[267].

Sin embargo, nada impide que el asegurado, voluntariamente, procure a la compañía aseguradora información relativa a extremos que afectan a su vida privada. El tomador de seguros que consistiera en poner a disposición de la aseguradora la mayor información posible podría beneficiarse tal vez de una prima más baja. Aquel que no quisiera desvelar cierta información tendría que cargar con los costes del mayor riesgo que asume el prestador de seguros que no puede individualizar el riesgo con tanta precisión.

---

[266] El *Comité Européen des assurances* en una nota del 19 de Enero de 2004, afirmaba, respondiendo a la pregunta sobre la posible utilización de indicadores de riesgo alternativos: *"Finally, public opinion could object to interference with private life such as asking customers about their nutritional habits, alcohol consumption, how much they exercise or their marital status."*

[267] RUÍZ MIGUEL (2001), *Genética y derecho*, p. 49.

(4) El problema de la variabilidad de ciertos indicadores de riesgo

Además, las compañías aseguradoras afirman que el estilo de vida de una persona cambia, con lo que cuestionan que este factor pueda ser utilizado como indicador de riesgo alternativo al sexo, en aquellos contratos en que las posibilidades que tiene el asegurador de adaptar o aumentar la prestación debida por un aumento del riesgo, son limitadas[268]. A esto puede objetarse de dos formas.

Por un lado, sí existen productos que permiten un aumento de las primas en función del comportamiento del asegurado.

> A las posibilidades de adecuar la prima que se paga al riesgo objeto de cobertura hace referencia ALFREDO MUÑOZ GARCÍA[269], que incluso defiende que la prima debe actuar de manera eficiente, asegurando que el asegurado quedará sometido al pago de una mayor cuantía si durante el período contractual ha sobrepasado el nivel de cobertura prevista en el contrato, haciendo que la prestación del asegurador haya sido superior a la que correspondía según la prima abonada.

Por otro, aquellos productos en los que la prima es fija son más caros, con lo que el que carga con el mayor riesgo que comporta un posible un cambio es el asegurado.

En todo caso, el objeto del contrato de seguros es la gestión del riesgo. Las posibilidades de adecuar la totalidad de las primas pagadas por el asegurado a la prestación que el asegurador deberá sufragar en caso de que se produzca el evento previsto en el contrato son limitadas.

---

[268] El *Comité Européen des assurances* en la misma nota del 19 de Enero de 2004, afirmaba: *"Lifestyle is likely to change throughout your life, so it cannot be used as a calculation factor in longterm contracts with fixed terms and conditions"*. LOOSCHELDERS (2006), "Diskriminierung im Versicherungsvertagrecht", en: LEIBLE/ SCHLACHTER (ed.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, p. 150.

[269] MUÑOZ GARCÍA (2007), *Igualdad de hombres y mujeres*, pp. 490, 491.

(5) El problema de la ocultación de información relevante por parte del asegurado

Otra preocupación que motiva la resistencia de las compañías aseguradoras a abandonar el sexo como indicador de riesgos es la posibilidad que el asegurado tiene de mentir sobre ciertos extremos, para conseguir unas primas más reducidas. El sexo por el contrario es imposible de ocultar.

Es cierto que se dan casos de ocultación de enfermedades graves por parte de los asegurados[270].

> En el caso que dio lugar a la STS de 4.5.2008 (RJ 2008\2937; MP: Encarna Roca Trías), la peticionaria del seguro, al rellenar el formulario sobre las enfermedades que padecía, ocultó que sufría una afección de la vista. Tras sufrir un accidente, que según la asegurada le produjo la pérdida de un ojo, ésta reclamó a la Compañía aseguradora la indemnización prevista en el contrato de seguro. La aseguradora se negó al pago por entender que la pérdida del ojo se debía a una enfermedad que ya existía con anterioridad a la contratación del seguro y que la peticionaria no había declarado. El JPI (24.4.2000) desestimó la demanda interpuesta por la asegurada. La AP de la Coruña (23.10.2000) confirmó. El TS no dio lugar al recurso de casación por entender que la infracción por parte de la recurrente del deber de comunicar al asegurador la patología que padecía, suponía la pérdida del derecho a exigir la indemnización.

Sin embargo, también lo es que una ocultación dolosa o negligente de ciertas patologías supone el incumplimiento del deber de declaración del riesgo, que puede dar lugar a un aumento de la prima que el asegurado paga o incluso a la liberación por parte del asegurador de la obligación de pago de la prestación[271].

---

[270] Ver también otros casos similiares al expuesto en que los asegurados infringen el deber de comunicar las enfermedades que padecen: STS de 29.4.2008 (RJ 2008\1989; MP: Antonio Gullón Ballesteros); STS de 15.12.1005 (RJ 2005\10154; MP: Clemente Auger Liñán); STS de 21.12.2005 (RJ 2006\284; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

[271] Ver la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro española que establece en su art. 10:

El ordenamiento jurídico protege entonces al asegurador, de una forma relativamente efectiva, frente al riesgo que supone que el asegurado mienta sobre extremos que afectan a la probabilidad de que se produzca el riesgo.

(6) El aumento de la tarificación asociada a la prohibición de utilización del sexo como factor de cálculo

El *Comité Européen des Assurances* (CEA), –federación que reúne 31 asociaciones europeas de aseguradoras que representan a más de 5.000 compañías– ha sostenido que la prohibición de utilización del sexo como factor de cálculo de primas tendría el efecto perverso de aumentar generalizadamente el precio de los seguros. Las aseguradoras repercutirían el encarecimiento del seguro en el colectivo de los asegurados. Los hombres pagarían en los seguros de supervivencia y de salud primas más altas, igualando a las que pagan actualmente las mujeres. Las mujeres pagarían en los seguros de vida por muerte prematura y de accidentes primas más altas igualando a las que se cobran actualmente a los hombres.

"El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.

El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro."

Ver la STS de 4.5.2008 (RJ 2008\2937; MP: Encarna Roca Trías); También la STS de 21.12.2005 (RJ 2006\284; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) en la que el Tribunal Supremo liberó a la Compañía de Seguros de la obligación de realizar la prestación por fallecimiento, porque el asegurado ocultó una enfermedad grave que le había sido detectada días antes de contratar el seguro de vida y que le mató doce días después de la celebración del contrato.

A esta crítica que parte del sector asegurador pueden hacerse algunas objeciones, que considero que matizan ese efecto perverso de la neutralidad sexual en la tarificación.

En primer lugar, la prohibición de que el sexo dé lugar a diferencias en las primas no significa que no se pueda tener en cuenta el sexo del asegurado a efectos de llevar a cabo el cálculo del riesgo al que hace frente la aseguradora. La compañía aseguradora sigue conociendo el riesgo asociado a contratar con un hombre y con una mujer. No se trata de la adopción de "una prohibición de usar datos objetivos y relevantes sobre el género"[272] a efectos de evaluar el riesgo. No se trata de la imposición de una obligación de utilizar tablas de mortalidad unisex, siguiendo el modelo francés[273].

Se trataría de, en un primer momento, calcular el riesgo total asumido por la aseguradora teniendo en cuenta los riesgos individuales conforme a la diferente esperanza de vida de mujeres y hombres y aplicando por tanto tablas de mortalidad diferentes en función del sexo. Y sólo en un segundo momento fijar una tarifa unisex, que repartiría los mayores costes de asegurar a una mujer en un seguro de supervivencia y de asegurar a un hombre en un seguro de muerte prematura entre los asegurados de ambos sexos.

De las afirmaciones de la CEA parece concluirse que la federación asocia el aumento del coste del seguro y, por tanto, del precio de éste para el consumidor final a la dificultad de evaluar de forma precisa los riesgos. Ante la

---

[272] El *Comité Européen des assurances* en nota del 19 de Enero de 2004: *"Insurance works because insurers base their prices on a fair, objective and non-discriminatory assessment of risk. A ban on the use of objective and relevant data about gender will remove this fairness, and also lead to higher insurance prices for both men and women."*

[273] El *Comité Européen des assurances* en nota del 19 de Enero de 2004: *"The directive would lead to a less transparent and therefore more costly system of insurance involving opaque cross-subsidies between customers. It would also make it more difficult for insurers to assess accurately the risks that they face in their pool of insured customers. For both these reasons, the total cost of insurance is likely to rise, and those who might be expected to benefit will in fact pay much the same as they do now."*

incertidumbre sobre el montante del riesgo debida a no poder tomar en consideración el sexo, la aseguradora tendería a homogeneizar los precios al alza.

> "La Directiva daría lugar a una menor transparencia y por lo tanto a un sistema más costoso de seguros, que llevaría a opacas subvenciones cruzadas entre los clientes. También haría más difícil para la aseguradora la evaluación precisa de los riesgos a los que se enfrenta su *pool* de clientes asegurados. Por ambas razones, es probable que aumente el coste total del seguro y que los que teóricamente saldrían beneficiados paguen de hecho lo mismo que ahora[274]."

> Al establecimiento de la misma relación de causalidad entre prohibición de clasificación de los riesgos en base al sexo y aumento de las primas llegaban IVES THIERY y CAROLINE VAN SCHOUBROECK: "Una consecuencia inmediata de la prohibición de la clasificación en el seguro sobre la base de determinados factores (sospechosos) es que la aseguradora tendrá que encontrar otros indicadores que sean actuarialmente sólidos. Esto podría resultar en un aumento de los costes para aseguradores y asegurados: un aumento de las primas a un número considerable de individuos pertenecientes a grupos anteriormente clasificados como de bajo riesgo (por ejemplo, las mujeres en el seguro obligatorio de responsabilidad del automóvil) […][275]"

Ésta, de hecho, era la forma de proceder del sistema francés de seguros de rentas vitalicias, para cuyo cálculo se partía de tablas de mortalidad unisex, que estaban basadas en la

---

[274] El *Comité Européen des assurances* en nota del 19 de Enero de 2004: "*The experience that has been gained in France in these voluntarily-organised insurance markets with unisex tariffs confirms that premiums for all insureds on average are higher than with differentiated premiums. Consequently, these products do not have the market success they could have.*"

[275] THIERY/ VAN SCHOUBROECK (2006), *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, p. 205 *"An immediate consequence of the prohibition of classification in insurance on the basis of certain (suspect) factors is that an insurer will have to find other (less burdensome) classifiers that are still actuarially sound. This might result in increased costs to both insurers and insured: a rise in premiums for a substantial number of individuals belonging to a formerly low-risk classified group (e.g. women in motorvehicle liability insurance), insurers coping with an added financial burden of unfunded liabilities and a substantial rise in administrative costs implementing this prohibition.*

mortalidad de las mujeres. La reciente reforma del sistema llevada a cabo en Francia, que sustituye la tabla unisex por tablas de mortalidad aplicables a hombres y a mujeres respectivamente, mantiene esa idea de fondo. Dicha regulación prevé, como alternativa, la posibilidad de utilizar la misma tabla de mortalidad para ambos sexos, pero en tal caso debe elegirse aquella de la que resulte la previsión más pesimista en términos de riesgo. Es decir, en los casos de seguros de muerte prematura la tabla de mortalidad basada en la esperanza de vida de los hombres y en casos de seguros de vida la tabla de mortalidad basada en la esperanza de vida de las mujeres[276].

La alusión al sistema francés es importante porque los detractores de la neutralidad sexual en las primas, se refieren a él como ejemplo del aumento de la tarificación al que lleva la adopción de una prohibición de discriminación por sexo en la fijación de las prestaciones a pagar por el asegurado.

> "La experiencia adquirida en Francia con los mercados de seguros de contratación voluntaria con tarifas unisex confirma que las primas de todos los asegurados son, de media, más altas que con las primas diferenciadas "[277].

---

[276] HENGE (2007), *Les dossiers technique d'information Optimind*, pp. 2, 3.: "*Ainsi, pour tous les contrats autres que les rentes viagères, les tables TH00-02 et TF00-02 (construites sur la base de données relatives à la population française dans sa globalité, publiées par l'insee) remplacent respectivement les tables TD88-90 et la TV88-90. Pour ce qui est des rentes viagères, la table TGH05 pour les assurés de sexe masculin et la TGF05 pour les assurées de sexe féminin, avec les décalages d'âge spécifiques à la génération, succèdent à la table générationnelle TPG93. Elles ont été construites en se basant sur des populations d'assurés et non sur la population globale. La réglementation présente comme importante nouveauté d'autoriser les organismes assureurs à réaliser une distinction technique entre les hommes et les femmes au sein de son portefeuille pour le provisionnement. Il reste toutefois possible d'appliquer une table unique, à condition de retenir la plus prudente, à savoir :*
- pour le risque décès : la TH00-02
- pour le risque vie : la TF00-02
- pour les rentes : la TGF05."

[277] El *Comité Européen des assurances* en nota del 19 de Enero de 2004: "*The experience that has been gained in France in these*

Que las primas son más caras para todo asegurado cuando la tabla de referencia es la de mortalidad femenina resulta obvio, pues se está tratando a todo tomador como si tuviera la esperanza de vida de una mujer. Sin embargo, lo interesante sería determinar el precio de las primas cuando lo que se usa es una tabla de mortalidad que parte de la esperanza de vida media de mujeres y hombres o cuando, habiendo calculado previamente el riesgo partiendo de la proporción de mujeres y hombres en la cartera de asegurados, se procediera posteriormente a repartirlo entre todos por igual. ¿Se produciría realmente en tal caso una equiparación a la prima más alta o resultaría de ello una prima cuya cuantía se encontraría en un punto medio entre las prestaciones pagadas actualmente por hombres y mujeres?

LUIS MARÍA SAEZ DE.JÁUREGUI SANZ parece lanzar la hipótesis de que incluso llevando a cabo un cálculo del riesgo en base a tablas de mortalidad diferenciadas, el efecto del aumento de la prima se produciría pues "la aseguradora tiene una variable aleatoria adicional a la que hacer frente (la que corresponde a inferir la proporción a cada edad de asegurados de sexo masculino y femenino, y su tendencia en el futuro)"[278]. Esto supondría que la aseguradora se vería obligada a incorporar a las primas un plus por la incertidumbre del reparto de mujeres y hombres en la cartera de asegurados.

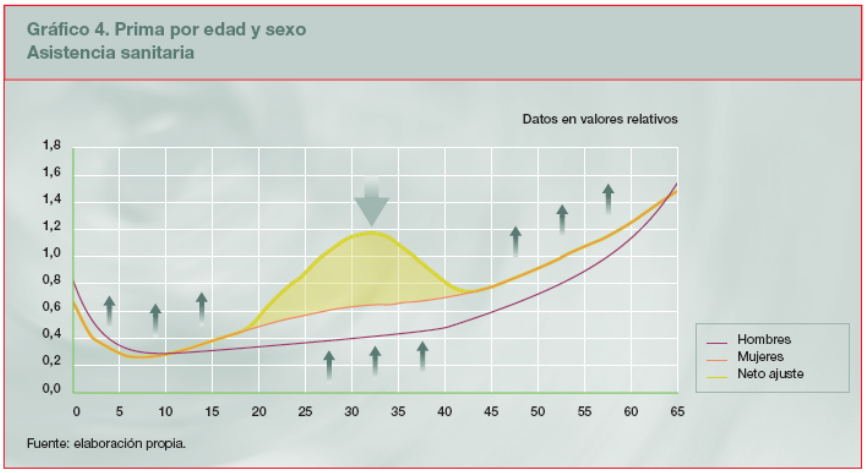
La comprobación de esta hipótesis excede las posibilidades de este trabajo. Sin embargo, me parece interesante hacer referencia a una previsión del impacto que tendrá en las primas pagadas en los seguros de asistencia médica, la obligación de repercutir entre toda la cartera de asegurados los costes relacionados con el embarazo y el parto.

---

voluntarily-organised insurance markets with unisex tariffs confirms that premiums for all insureds on average are higher than with differentiated premiums."

[278] SAEZ DE.JÁUREGUI SANZ (2007), *Dossier actuarios: La igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, p. 12.

Como muestra el gráfico siguiente, elaborado por EDUARDO SÁNCHEZ DELGADO y MONTSERRAT ÁLVAREZ BELEÑO, la distribución de los gastos de embarazo y parto conlleva un incremento de la tarifa para hombres y mujeres en edad no fértil pero también una disminución de la prima que pagan las mujeres en edad fértil[279].



Si aplicamos, por analogía, estos resultados a los seguros de vida, bien podría ser que el impacto del deber de adoptar la neutralidad sexual en la tarificación, también produjera el efecto de reducir la prima que pagan las mujeres en seguros de supervivencia y la que pagan los hombres en seguros de muerte prematura, situándose la prima en un punto medio, que incorporara un plus por la incertidumbre en la distribución de mujeres y hombres en la cartera.

En todo caso, si lo que causa un aumento de las tarifas –que busca evitar el riesgo de insolvencia– es fundamentalmente la incertidumbre sobre la composición del grupo asegurado concreto, parece razonable que dicho aumento del precio sea un efecto a corto plazo. La selección adversa a la podría llevar el aumento de la prima de aquellos asegurados que pasarían a subsidiar a otros y abandonaría por tanto el seguro, se producirá en el momento en que se implemente la neutralidad sexual en la tarificación. Parece razonable

[279] SÁNCHEZ DELGADO/ ÁLVAREZ BELEÑO (2008), *Trébol*, p. 13.

presumir que a largo plazo, la situación se estabilizará, permitiendo así a la aseguradora hacer una previsión relativamente fiable de la proporción de hombres y mujeres en la cartera de asegurados.

Así mismo los costes de implementación de la prohibición de discriminación en la tarificación se generarán en un primer momento con lo que, probablemente, tras una etapa caracterizada por el encarecimiento del precio del seguro, la cuantía de las primas a pagar tendería a un punto medio entre las prestaciones pagadas actualmente por hombres y mujeres o, en todo caso, a un precio inferior a la prima pagada por los peores riesgos.

> A la idea de que los efectos económicos no son los mismos a corto y largo plazo hacen alusión IVES THIERY y CAROLINE VAN SCHOUBROECK (2006): "Aparte de la observación de la influencia que pueda tener el tipo de mercado, también se podrían esperar diferencias entre los efectos económicos a largo y a corto plazo de la prohibición de tener en cuenta ciertas características.[280]"

Respecto de los seguros de asistencia médica habría que apuntar lo que afirma OLIVER RIEDEL[281]. La imposición de tarifas unisex supone tan sólo una limitación de la tarificación a priori. Sin embargo, las posibilidades de adecuar la prima que paga el asegurado no se agotan en la tarificación a priori (*risk rating*) sino que dependen también de la tarificación a posteriori (*experience rating*). Ésta permite, mediante la imposición de penalizaciones o bonificaciones, reajustar, durante la vigencia del contrato, progresivamente la prima al

---

[280] THIERY/ VAN SCHOUBROECK (2006), *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, p. 205: "*Apart from the observation of market-type influence, one could also expect differences between the long-term and short-term economic effects of the prohibition to take certain characteristics into account."*

[281] RIEDEL (2006), *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, p. 241:*"The implementation of unisex tariffs in health insurance is technically "only" a variation of primary premium differentiation. Because the expected financial burden of the insured is also determined by secondary premium differentiation, private health insurance has (in contrast to e.g. life insurance) the opportunity to compensate lower primary differentiation by extended secondary differentiation."*

riesgo y compensar el posible efecto de la selección adversa fruto de la implantación de tarifas unisex. Si los mejores riesgos, aún debiendo pagar en un principio una prima más alta, son conscientes de las posibilidades de reajuste de la prima, éstos seguirán teniendo incentivos para permanecer en el seguro. Evitar la selección adversa, permitiría poner freno a la espiral de subidas de primas, que temen los que son críticos con la introducción de tarifas unisex.

dd) La regulación del *risk rating* en la Directiva 2004/113/CE

Las compañías aseguradoras aportaron los argumentos a los que he hecho referencia para atacar, con éxito, la Propuesta de Directiva del Consejo 2003/0265, que preveía una prohibición absoluta de utilización del sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones en los seguros y servicios financieros equivalentes.

Ante la reacción crítica del mercado de los seguros y de algunos de los Estados miembros, se introdujo en la versión definitiva de la Directiva 2004/113/CE el art. 5.2, que trata de dar respuesta al hecho de que el sexo del asegurado tiene importancia como factor de cálculo de riesgos:

> Art. 5.2: "No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007 autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación con la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después de 21 de diciembre de 2007 atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la Comisión el resultado de este nuevo examen."

La Directiva faculta así a los Gobiernos de los Estados miembros a que autoricen diferencias de primas en función

del sexo cuando éste sea un factor determinante de la evaluación del riesgo, debiendo informar de ello a la Comisión. Como se verá en la parte dedicada a la transposición de las Directiva 2004/113/CE tanto España como Alemania han hecho uso de esa facultad.

El legislador europeo, al introducir esta causa de justificación acepta que el asegurador actúe de forma racional y busque optimizar sus beneficios, reduciendo los costes de información. Pero, para garantizar que la diferenciación no sea arbitraria, condiciona la utilización del sexo como factor de cálculo a que ésta esté basada en datos estadísticos relevantes y exactos.

Pone, además, otro límite, que consiste en prohibir que los costes relacionados con la maternidad o el embarazo lleven a un aumento de las primas que pagan las mujeres:

> Art. 5.3 "En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no darán lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente."

ee) Argumentos en contra de las diferencias de primas en base al sexo en los seguros de vida

La Directiva 2004/113/CE asume la discriminación estadística en base al sexo del asegurado, que tiene lugar en los seguros de vida, a pesar de que no esté probado que exista una relación causal entre el sexo y la esperanza de vida o que la diferencia biológica sea el factor determinante de la duración de la vida de una persona. Como decía en el capítulo primero de este trabajo, ésta es una posición sostenible sólo si se ignoran aspectos tan relevantes del derecho antidiscriminatorio como son la componente de la protección individual y la de la protección colectiva.

Hubiera sido preferible dar más peso a aquellos estudios que muestran que lo que realmente determina la esperanza de vida de una persona son factores socioeconómicos, el hecho

de tener un empleo, el lugar de residencia, el consumo de tabaco, los hábitos alimenticios[282].

Que la duración de la vida de una persona depende más del estilo de vida que del sexo, es lo que trataban de poner de relieve los autores de la Propuesta de Directiva 2004/113/CE:

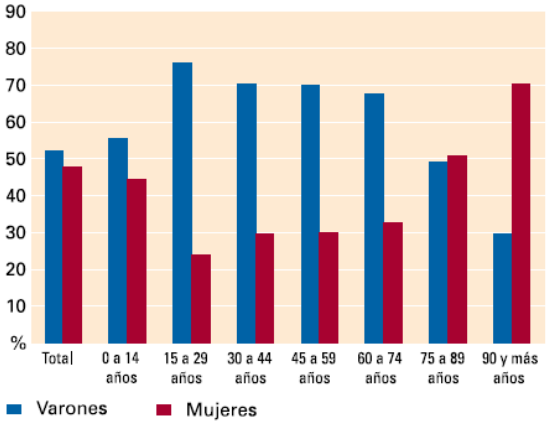
> "Hay estudios que demuestran que el sexo no es el principal factor determinante de la esperanza de vida. Se ha mostrado que son más pertinentes otros, como el estar o no casado, o factores socioeconómicos, tener o no empleo, la región de residencia, el consumo de tabaco o los hábitos alimenticios. El estilo de vida puede considerarse un factor multidimensional con repercusiones significativamente mayores que el sexo en la esperanza de vida de un individuo. Existen estudios que han pretendido despejar de la ecuación factores como el estilo de vida, la clase social y los ambientales, y que han puesto de manifiesto que la diferencia de la esperanza de vida entre mujeres y hombres se encuentra entre cero y dos años, con lo que llegan a la conclusión de que el creciente desfase de la esperanza de vida que viene observándose en algunos Estados miembros no puede atribuirse a diferencias biológicas. Como mucho, el sexo puede sustituir a otros indicadores de la esperanza de vida. Lo que puede inferirse de estos estudios es que las compañías de seguros toman el sexo como factor determinante al evaluar el riesgo porque es de fácil utilización, y no por su valor real como indicación de la esperanza de vida. Como se ha observado, es más fácil que las compañías de seguros pongan juntos a sanos y enfermos que a hombres y mujeres."

No se ha tenido en cuenta tampoco una característica de los datos estadísticos que, en mi opinión, tiene importancia. El dato de acuerdo con el cual las mujeres viven en Europa de media 6,16 años más que los hombres, no quiere decir que un porcentaje mucho mayor de mujeres viva más años que los hombres. En la medida en que el porcentaje de defunciones masculinas en edad temprana supera de forma significativa el porcentaje correspondiente a defunciones femeninas, esto conlleva que la esperanza de vida media de los hombres se reduzca de forma considerable.

---

[282] WRASE/ BAER (2006), *NJW*, p. 1623; LOOSCHELDERS (2006), "Diskriminierung im Versicherungsvertagrecht", en LEIBLE/ SCHLACHTER (ed.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, p. 149.

Gráfico 5.9 Defunciones según sexo y edad 2007



Nota: no se encuentran incluidas las defunciones de menores de 24 horas.

Fuente: Defunciones según la Causa de Muerte. Datos provisionales. INE.

De hecho, un estudio realizado en Estados Unidos demostraba que el 86 % de la población muere a la misma edad[283].

Este aspecto es esencial pues las mujeres que se cuenten en ese 86 %, que es un porcentaje muy elevado, habrán estado pagando más que los hombres de forma injustificada.

Por esta razón considero que la Directiva 2004/113/CE debía haber mantenido la prohibición de utilización del sexo como factor de cálculo de las primas, forzando a las compañías aseguradoras a utilizar tarifas unisex.

La utilización de indicadores alternativos permite poner fin al resultado formalmente discriminatorio que conlleva la diferenciación estadística en base al sexo, que asume como mal menor que una mujer concreta —la que se sale de la estadística— sea tratada de forma menos favorable que un hombre por la aplicación de promedios, aunque ambos,

[283] Carta de la Comisaria Europeo de Empleo y Asuntos Sociales, Anna Diamantopoulou, de 17.12.2003, que se refiere a dicho estudio: www.comfia.info/noticias/pdf/10729.pdf

tomados individualmente, no se diferencien. La mujer que, contraviniendo la previsión estadística viva los mismos años que un hombre y genere idénticos costes que él pagará, sin embargo, una prima más elevada por el mero hecho de ser mujer.

Pero también permite evitar un efecto materialmente discriminatorio, que podría definirse como un supuesto de discriminación por indiferenciación. Porque incluso si asumiéramos que el colectivo de los hombres y el de las mujeres pagan según los costes que generan y en este sentido ambos colectivos son tratados igual, esto no es necesariamente una solución justa desde la óptica del derecho antidiscriminatorio. En la medida en que las mujeres, como grupo, tienen menos recursos económicos que los hombres, pagar primas más altas –aunque éstas se correspondan con los costes que generan– las perjudica proporcionalmente más.

> Ver el Informe elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y el Instituto de la Mujer, *Mujeres y hombres en España 2009*, p. 47: "Según los resultados de la Encuesta cuatrienal de Estructura Salarial 2006, el salario bruto anual medio por trabajador en el año 2006 fue de 19.680,88 euros. El salario de los varones fue de 22.051,08 euros y el de las mujeres de 16.245,17 euros. […] Según la distribución salarial que proporciona la encuesta, en el año 2006, el 40,4% de las mujeres recibieron salarios igual o inferiores al salario más común en mujeres, 12.476,38 euros anuales. Un 14,9% de varones percibió este nivel salarial o inferior. […] El 24,5% de los varones percibió un salario igual o inferior al salario más común en los varones, 14.485,78 euros anuales. […] En el año 2006, el 26,6% de las mujeres percibió menos de 10.000 euros anuales, mientras que solo un 8,3% de los varones percibió una cantidad inferior a dicho salario."

Este efecto discriminatorio se agrava si se tiene en cuenta la distribución de los costes de las primas en los distintos tipos de seguros de vida. Como he dicho repetidas veces, las mujeres pagan primas más altas en los seguros de supervivencia y los hombres primas más altas en los seguros de muerte prematura. Así, el colectivo más pobre de las mujeres está pagando justamente más cuando adquiere aquellos productos que más incentivos tiene para contratar.

Esta afirmación sobre los incentivos se funda en las distintas funciones que cumplen el seguro de vida por muerte prematura y el seguro de supervivencia. En el primer tipo de contrato el asegurado y el beneficiario no son la misma persona, es decir la persona que paga la prima y la persona que recibirá la cantidad pagada por la compañía de seguros no coinciden, porque justamente el seguro protege frente a la muerte del asegurado. De lo que se trata aquí es de proteger a los familiares frente a la pérdida de ingresos que conlleva la muerte del asegurado. Me parece que el consumidor potencial de este tipo de seguros es el hombre que pretende proteger a su familia para el supuesto de que éste sufra un accidente o una enfermedad.

Sin embargo, el seguro de supervivencia funcionan como un complemento o sustituto de la pensión de jubilación. En la medida en que muchas mujeres quedan fuera de las prestaciones contributivas de la seguridad social porque se dedican al trabajo doméstico o porque muchas de ellas trabajan sin contrato, éstas tienen muchos incentivos para contratar este tipo de seguros.

> VICENÇ NAVARRO daba los datos en un reciente artículo suyo publicado en el periódico Público: "Otro hecho que explica que el gasto en pensiones sea bajo es que el porcentaje de población anciana no cubierta por las pensiones públicas financiadas por la Seguridad Social es muy elevado, un 20,6% de la población anciana, la mayoría mujeres."

La tarificación unisex tiene el efecto positivo de fomentar la solidaridad entre ambos sexos. Aquí las compañías aseguradoras y ciertas posiciones liberales sostienen que no tiene sentido imponer el respeto a un principio de solidaridad en un sistema privado de pensiones, cuando ya existe el sistema público de la seguridad social, que se basa en dicho principio[284]. El sistema privado debe regirse

[284] LOOSCHELDERS (2006), *Diskriminierung im Versicherungsvertagrecht*: en LEIBLE/ SCHLACHTER (ed.): „Diskriminierungsschutz durch Privatrecht", p. 142: *„Ausgangspunkt muss die Festellung sein, dass die Privatversicherung –anders als die Sozialversicherung- keinen sozialen Ausgleich bezweckt."* y en la p. 143

fundamentalmente por el principio de eficiencia económica. A esta idea pueden hacerse distintas objeciones:

La primera consistiría en que la solidaridad es intrínseca a un sistema de seguros colectivos. Siempre en éstos, por su funcionamiento, los mejores riesgos sufragan a los peores. Se instaura una mutualidad entre los asegurados, por la que todos los asegurados contribuyen recíprocamente a soportar los costes de realización de los riesgos que afectan a alguno de ellos. Todos aquellos asegurados que han contratado un seguro de muerte prematura y que no mueren sufragarán los costes de la muerte del asegurado que sí sufra una enfermedad o un accidente y fallezca prematuramente.

Esto lo ponía de manifiesto muy claramente el juez STEVENS en el caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, el 25 de abril de 1978, *City of Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart* (435 US 702)*:*

> "Cuando se agrupan los riesgos asegurados, los mejores riesgos subvencionan los riesgos peores. Las personas sanas subvencionan a las menos sanas; los trabajadores solteros subvencionan las pensiones de los trabajadores casados; las personas que comen, beben o fuman en exceso subvencionarán a las personas cuyos hábitos sean más atemperados. Tratar diferentes clases de riesgos como si fueran lo mismo por los propósitos del seguro de grupo es una práctica común que nunca ha sido considerada inherentemente injusta. Asegurar a los enfermos y a los que están en forma como si se tratara de riesgos equivalentes es más común que tratar igual a los hombres y las mujeres y, sin embargo, sólo el hábito convierte una forma de subsidio en menos justa que la otra."[285]

„Das Problem eines Einheitstarifs liegt vor allem darin, dass Versicherungsnehmer mit geringeren Risiken „subventioniert" werden."

[285] *City of Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart* (435 US 702)*: "For when insurance risks are grouped, the better risks always subsidize the poorer risks. Healthy persons subsidize medical benefits for the less healthy; unmarried workers subsidize the pensions of married workers; persons who eat, drink, or smoke to excess may subsidize pension benefits for persons whose habits are more temperate. Treating different classes of risks as though they were the same for purposes of group insurance is a common practice that has never been considered inherently unfair. To insure the flabby and the fit as though they were equivalent risks may be more common than treating*

> Los hechos que dieron lugar a la sentencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos fue la acción de clase propugnada por las trabajadoras del *"Los Angeles Department of Water and Power"*. Las trabajadoras alegaban la violación del § 703 (a) (1) del Título VII of the Civil Rights Act de 1964 debido a que las mujeres quedaban obligadas a pagar contribuciones más elevadas al plan de pensiones que los hombres. El plan de pensiones del Departamento estaba basado en tablas de mortalidad y en la experiencia del Departamento que mostraba que las empleadas eran más lóngevas y debía, por tanto, abonárseles más mensualidades que a los hombres. El Tribunal del Distrito *(District Court*) estimó la demanda y el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) confirmó. El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos (*Supreme Court*) desestimó la acción de clase.

Además, no puede plantearse la relación entre el sistema privado de seguros y el sistema público de pensiones como dos modelos alternativos, que siempre ofrecen al consumidor la posibilidad de elegir entre uno y otro. El sistema público de pensiones es insuficiente y no cubre los mismos supuestos que cubre el sistema privado.

Con esto no pretendo decir que la solución a la insuficiencia de las pensiones deba ser un sistema privado, tan sólo quiero mostrar que es insostenible defender un sistema privado que funcione al margen del principio de igualdad entre sexos, apelando a que dicha igualdad ya se impone en el sistema público. Ese porcentaje de personas no cubiertas por las pensiones públicas, que son mayoritariamente mujeres, si trataran de asegurarse una pensión acudiendo a la contratación de seguros privados, quedarían fuera de la protección del principio de no discriminación.

ff) Argumentos en contra de las diferencias de primas en base al sexo en los seguros de asistencia médica

Aunque sea cierto que en España un 53 % de las hospitalizaciones corresponde a mujeres, sin embargo, si no

---

men and women alike, but nothing more than habit makes one "subsidy" seem less fair than the other."

se tuvieran en cuenta las altas producidas por el embarazo y el parto, el mayor porcentaje de hospitalizaciones correspondería a los hombres (53,4 %).

El embarazo y el parto no pueden considerarse un gasto causado por las mujeres, porque los hombres, de forma mediata, también causan dicho gasto. De hecho esto es algo que la Directiva 2004/113 ha seguido teniendo en cuenta pues aunque prevé la posibilidad de justificar ciertas diferencias de primas en base al sexo, prohíbe que los gastos asociados al embarazo y la maternidad lleven a que las mujeres paguen primas más altas que los hombres.

Visto que, restados los gastos relacionados con la maternidad, las hospitalizaciones corresponden mayoritariamente a los hombres y que los mayores gastos en que incurren las mujeres son las visitas al médico y el consumo de medicamentos, uno se pregunta si realmente y, en total, las mujeres generan más gastos médicos que los hombres. No parecen comparables, en términos de coste económico, una visita al médico o el consumo de ciertos medicamentos, cuyo coste en muchas ocasiones sufragará el propio paciente, que una hospitalización.

Además no deben olvidarse ciertos aspectos que relativizan el resultado. Para empezar, hay que tener en cuenta que muchas de las visitas al médico de las mujeres son visitas al ginecólogo. Aquí uno debería plantearse en qué medida estos gastos no están tan directamente relacionados con la maternidad o con la posibilidad de ser madre, que sería justo repartirlos entre las mujeres y hombres por igual. Esto sería perfectamente posible haciendo una interpretación extensiva de la regulación de la Directiva 2004/113/CE. Continuando con esta idea, sería también interesante analizar en qué medida ciertas enfermedades crónicas de las mujeres no son también consecuencia de la maternidad. Sirva de ejemplo la osteoporosis o incluso ciertos dolores de espalda, que pueden ir perfectamente asociados al hecho de que las mujeres asumen mayoritariamente el cuidado de los hijos.

También respecto de las enfermedades crónicas, las mujeres sufren mucho más frecuentemente depresiones, ansiedad crónica (un 16 % de las mujeres frente a un 7 % de los hombres) y migrañas o dolores de cabeza frecuentes (un 17 % de las mujeres frente a un 6 % de los hombres). En la medida en que este tipo de enfermedades parecen tener un componente psicológico muy importante, especialmente en el caso de las depresiones y la ansiedad crónica, se impone la pregunta de qué rol pueden jugar aquí también aspectos como el sufrimiento causado por la exclusión social que sufren las mujeres o el malestar debidos a la doble carga de trabajo que pesa sobre ellas.

> Ver el *Informe salud y género 2006* editado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, pp. 52-53: "Las consultas por dolor músculo-esquelético, síntomas somáticos sin causa orgánica y estados depresivos y ansiedad, doblan en frecuencia a las razones de consultas por parte de los hombres. Por ello, del total de las consultas realizadas con estos cuadros, entre el 73% y el 80% son mujeres. […] Todos estos padecimientos, para los que no se cuenta aún con recursos terapéuticos eficaces —y suelen terminar tratados con psicofármacos—, según plantean diversas autoras, pueden ser considerados como manifestaciones contemporáneas del malestar biopsicosocial de las mujeres, aunque también de los hombres que los padecen en menor proporción. […] La menor frecuencia de malestar en los hombres, se puede explicar porque las cargas de género soportadas por los hombres, son menores, en la medida en que no reciben tanta presión sobre la vida cotidiana con exigencia de compromiso tanto físico como mental e incluso, de conflictos ideales en el ámbito de la subjetividad, como ocurre con los factores de género de las mujeres."

Podemos rescatar aquí una idea del derecho antidiscriminatorio muy importante, que tiene que ver con la idea del reparto de las consecuencias de la discriminación. La exclusión de la que han sido objeto las mujeres durante siglos, afecta a la posición de éstas en el presente. Aunque no sea así, pero incluso si asumiéramos que en la actualidad las mujeres ya no son objeto de exclusión, todavía éstas sufren las consecuencias de la discriminación, que se manifiestan en la pobreza relativa de las mujeres pero también en un sufrimiento que se materializa en ciertas enfermedades que las mujeres padecen. Así, pretender

repartir los costes de ciertas enfermedades sólo entre las mujeres supone no asumir la responsabilidad colectiva y social de dichas enfermedades. El tratamiento consistente en que cada cual sufrague los costes que genera, que sacado de su contexto histórico, podría parecer justo o adecuado, se convierte en discriminatorio e injusto si se adopta una visión histórica.

Otro aspecto muy importante es la necesidad de adoptar no sólo una visión histórica sino también una visión global o de conjunto: Si fuera cierto que las mujeres, como grupo, generan más costes médicos que los hombres, también es cierto que éstas crean una riqueza, asociada al trabajo doméstico, el cuidado de menores, mayores y dependientes, que se reparte entre mujeres y hombres.

> Un 81 % de las mujeres de 16 y más años realizan tareas del hogar frente a un 35,9% de varones, un 85,9 % de las mujeres que conviven con menores de 15 años se encargan del cuidado de éstos, frente a un 50,8 % de los hombres. Además el 58,5 % de las mujeres cuidan a los mayores de 74 años que conviven con ellos frente a un 32,4% de los hombres[286].

La transferencia de riqueza de los hombres en favor de las mujeres, que podría suponer repartir los costes médicos sin diferenciar en función del sexo, sólo es un elemento más del intercambio económico entre éstos.

En todo caso, existe una diferencia muy importante, recogida en los propios textos constitucionales, entre dar un trato diferente a alguien por una característica inmodificable y tratar a alguien de forma distinta por razón de un comportamiento que la persona elige libremente. Una cosa es hacer pagar más al asegurado por los costes asociados a conductas imprudentes, como puede ser el consumo de alcohol, de tabaco o drogas y otra distinta es hacerle pagar más por el mero hecho de tener un sexo determinado, que se asocia con la concurrencia de ciertas enfermedades. En este

[286] Datos de la nota de prensa de 13.3.2008 del Instituto Nacional de Estadística sobre la Encuesta Nacional de Salud en España del año 2006.

sentido, mientras que establecer primas distintas en función de ciertas conductas puede cumplir una función preventiva e incentivadora de la adopción de comportamientos saludables y socialmente beneficiosos, las diferencias en base al sexo no producen ninguno de éstos efectos. Si tuviéramos en cuenta estos aspectos al fijar la prima, las mujeres deberían pagar menos que los hombres, pues los datos estadísticos ponen de relieve que las mujeres adoptan estilos de vida mucho más saludables.

> En el año 2006 de un 29,5 % de la población fumadora, un 35,3 % eran varones y un 23,9 % eran mujeres. Respecto del consumo de alcohol el porcentaje de varones es del 70,2 % de varones frente al 41,8 % de mujeres. Lo mismo ocurre con el consumo de drogas como el canabis, éxtasis y cocaína que es superior en los varones, que en las mujeres.

Existen además otras alternativas no discriminatorias por razón de sexo, conocidas y adoptadas por las compañías aseguradoras, para garantizar que se produzca un reparto proporcional a los costes causados, como podría ser el sistema del copago, de acuerdo con el cual el asegurado paga una cantidad cada vez que acude al médico. Este mecanismo resulta más justo, porque supone imponer los costes a los que efectivamente han hecho uso del servicio.

gg) Valoración de la prohibición de imposición de los costes derivados del embarazo y la maternidad a las mujeres

En todo caso considero muy acertada la prohibición de imponer los costes derivados del embarazo y la maternidad a las mujeres. Este tipo de decisiones legislativas son coherentes con la idea de corresponsabilidad de hombres y mujeres por los hijos, que está imponiéndose cada vez más tanto en el derecho laboral[287], como en el derecho de familia.

[287] Sobre la necesidad de sustituir el término de conciliación laboral y familiar por el de corresponsabilidad, ver LÓPEZ LÓPEZ (2007), *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*, p. 64

Por un lado, en el ordenamiento español se han introducido los permisos de paternidad, que pretenden fomentar un reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las responsabilidades familiares y el cuidado de los hijos[288]. Por otro, también en ese ordenamiento se está imponiendo cada vez más la figura de la custodia compartida, que consiste, en casos de crisis familiar en la "alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia que, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos padres"[289].

b) Segundo elemento del supuesto de hecho: la justificación de la diferencia de trato

La lectura del art. 5 de la Directiva 2004/113/CE, nos lleva al segundo elemento del supuesto de hecho de la discriminación: la falta de justificación de la diferencia de trato. Nos preguntamos si la idea expresada en el art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE es tan sólo aplicable a los contratos de seguros o es generalizable.

Dicho de otra forma, ¿puede interpretarse el art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE como una concreción del concepto de propósito legítimo del art. 4.5 de ésta, que permite justificar una diferencia de trato?

> Art. 4.5 "La presente Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a las personas de uno de los sexos esté justificada por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios."

La pregunta tiene efectos prácticos importantes.

---

[288] Art. 44.3 de la Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres: "Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social."

[289] GUILARTE MARTÍN-CALERO (2008), *InDret* 2/2008, p. 13.

Si el art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE es una excepción, sólo aplicable a los seguros, no cabrá justificar ni las discriminaciones estadísticas sucedidas en el sector bancario, ni las basadas en las experiencias del discriminador no asegurador.

> A este tipo de justificación hace referencia PETER DERLEDER[290] al estudiar las discriminaciones en el acceso a la vivienda, en que los arrendadores apelan a las malas experiencias vividas con arrendatarios inmigrantes anteriores a efectos de negarse a contratar con personas de otras etnias.

Pero el art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE da pie a otra interpretación. La disposición podría estar matizando el concepto de discriminación, al dejar fuera de éste y de la prohibición todos aquellos casos en que la diferenciación obedece a la persecución de intereses económicos.

El elemento clave, que convertiría la diferenciación justificada en discriminación injustificable sería la irracionalidad de la conducta del discriminador. Si la persona que diferenciara en función del origen racial o étnico o el sexo de la persona lo hiciera por razones económicas, es decir porque no diferenciar en base a esas características supusiera una pérdida económica, en tal caso se entendería que esa diferenciación perseguía un propósito legítimo y se consideraría por tanto justificada.

La exigencia del art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE de que "la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos" apuntaría a que, a efectos de determinar si la diferenciación persigue un propósito legítimo, habría que adoptar un punto de vista objetivo. No bastaría con que el discriminador creyera obtener un beneficio económico de la diferenciación o lo probara en base a su propia experiencia. Debería aportar datos que mostraran que efectivamente esa característica es decisiva y tiene una repercusión económica.

---

[290] DERLEDER (2007), *NZM*, p. 633.

Esta interpretación nos llevaría a una resolución distinta de los ejemplos que poníamos. El Banco podría condicionar la concesión de préstamos a las mujeres a que éstas prestaran un aval, si pudiera probar, mediante datos estadísticos que el riesgo de no recuperar el dinero en el caso de las mujeres es mayor, que en el de los hombres.

Este concepto de discriminación sólo puede imponerse por dos vías:

La primera consistiría en interpretar que el art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE ejemplifica un supuesto de propósito legítimo. La segunda supondría aplicar analógicamente el art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE a los otros supuestos de discriminación estratégica. Ambas soluciones son problemáticas.

Si atendemos al Considerando 16 de la Directiva 2004/113/CE nos damos cuenta, de que el legislador europeo, al hablar de propósito legítimo tiene en mente supuestos de hecho distintos:

> Sólo podrán admitirse diferencias de trato cuando estén justificadas por un propósito legítimo. Pueden constituir propósitos legítimos, por ejemplo, **la protección de las víctimas de la violencia por razón de sexo** (en supuestos como la creación de refugios para personas de un solo sexo), las razones de **intimidad y decencia** (en supuestos como la oferta de alojamiento hecha por una persona en una parte de su vivienda), la **promoción de la igualdad de género** o de los intereses de los hombres o de las mujeres (por ejemplo, organizaciones de voluntarios del mismo sexo), la **libertad de asociación** (en los casos de afiliación a clubes privados para un solo sexo), la **organización de actividades deportivas** (por ejemplo, acontecimientos deportivos para uno de los sexos). No obstante, toda limitación deberá ser adecuada y necesaria a tenor de los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Las posibilidades de justificación de las diferencias de trato se limitan a constelaciones que pueden agruparse en tres categorías, aquellas en las que está en juego la salud de las personas, aquellas en que de lo que se trata al diferenciar es

de compensar desigualdades históricas -es la idea de discriminación positiva- y aquellas en que la imposición de la prohibición de diferenciar podría poner en peligro la libertad de asociación. No pretendía el legislador europeo dar cabida a los intereses económicos del que pretende diferenciar en base al sexo o el origen étnico. La razón que justificara dicha conducta debía ser de mayor entidad.

Entender que el art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE concreta aquello que el art. 4.5 de la misma sólo anticipa, supondría interpretar la norma contra la voluntad de sus autores.

Respecto de la segunda posibilidad a la que apuntaba, de la aplicación analógica del art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE, ésta plantea dificultades por la naturaleza de la disposición. Se trata en el caso del art. 5.2 de una causa de justificación, es decir de una excepción a la regla general, que es la prohibición de discriminación. En principio las excepciones deben interpretarse siempre restrictivamente[291].

Sin embargo, en nuestro caso, algunos autores han puesto en duda que lo excepcional sea que esté permitido discriminar[292]. El principio que rige las relaciones entre particulares, dicen, es el principio de autonomía de la voluntad. Con lo que lo excepcional es que se aplique a los particulares la prohibición de discriminación. Por eso no habría razón para rechazar categóricamente la aplicación analógica.

Como saldrá a la luz en el momento de definir el ámbito de aplicación de las Directivas, no comparto esa visión. Considero, por el contrario, que las Directivas han modificado la relación existente entre el principio de libertad de contratación y el de no-discriminación. En el ámbito de los bienes y servicios ofertados públicamente, lo que deberá

[291] La Comisión ha defendido esta misma idea respecto de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2002/73/CE, en COM (1999) 566, 9 y COM (2000) 334, p. 9.

[292] STORK (2005), *ZEuS*, p. 40; SCHÖBENER (2004), *ZEuS,* p. 78.

justificarse por excepcional será más bien la no-aplicación del principio de igualdad[293].

El art. 5.2 de la Directiva es una disposición pensada para dar respuesta a las especificidades del sector de los seguros. Tiene en cuenta que la prohibición de utilización del sexo como factor de cálculo, obligaría a las aseguradoras a obtener esa información de una forma más costosa, lo que llevaría a un aumento de los precios, que acabaría perjudicando al consumidor[294].

El legislador europeo ha primado esta consideración frente a las que llevaron a la Comisión a proponer, en su día, la prohibición absoluta de utilización del sexo como factor de cálculo de primas:

> "La igualdad de trato entre hombres y mujeres es un derecho fundamental, y la Comisión considera que la libertad de fijar las tarifas debe subordinársele. Separar a hombres y mujeres en grupos diferentes conduce a una diferencia de trato injustificada, de la cual se deriva una desventaja para unos u otras. Se trata de un proceder que debe considerarse discriminatorio, por lo que hay que emprender acciones legislativas que lo prohíban. En el pasado se dio con frecuencia una situación equivalente en el ámbito laboral: no era infrecuente que los patronos manifestaran su reticencia a dar empleo a mujeres en edad fecunda, dado el riesgo de que se ausentaran por baja de maternidad, aumentando así su exposición a los riesgos y los costos de ellos derivados. Aun siendo estadísticamente cierto, está claro que esto es moralmente inaceptable como justificación de una diferencia de trato entre hombres y mujeres en el mercado laboral, y se ha legislado para prohibir este comportamiento. El mismo argumento es aplicable en materia de seguros[295]."

Pero ha tenido también en cuenta algo a lo que ésta hacía alusión y es que la discriminación por embarazo o

---

[293] Así también: MÜKO/ THÜSING (2007), § 20 *AGG*, Mg. 6, que entiende que desde la sentencia *Mangold* (STJCE de 22.11.2005, As. 144/04) hay que partir de que existe algo así como un principio general de prohibición de discriminación.

[294] ARMBRÜSTER (2006), *VersR*, p. 1300, que insiste en que esta excepción persigue en realidad los intereses del asegurado.

[295] COM (2003), 263, p. 8.

maternidad no es aceptable. Esta idea es perfectamente coherente con el tratamiento que el derecho comunitario viene dando a la maternidad.

2. El concepto de discriminación indirecta

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE no se limitan a prohibir la discriminación directa sino que sancionan otra forma de discriminación, la indirecta, que definen como:

> "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios[296]." (Directiva 2004/113/CE, art. 2 b)

El supuesto de hecho de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE está constituido básicamente por tres elementos, una medida aparentemente neutra, una diferencia de impacto en el colectivo de las mujeres y el de los hombres o el integrado por personas de un origen étnico y otro y la falta de justificación de dicha diferencia.

El ejemplo clásico de discriminación indirecta es la peor remuneración del trabajo a tiempo parcial. Como tradicionalmente muchas más mujeres que hombres han hecho uso de la posibilidad de trabajar a media jornada, las medidas que condicionan la atribución de ciertas ventajas a trabajar un mínimo de horas –medida neutral respecto del sexo-, están perjudicando de hecho a las mujeres y pueden ser consideradas indirectamente discriminatorias.

---

[296] Una disposición idéntica contiene la Directiva 2000/43/CE en su Artículo 2.2.b: "existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios."

Pero para que se cumpla el supuesto de hecho de la discriminación indirecta no basta esa afectación distinta, debe darse también un elemento adicional, que consiste en la falta de justificación de dicha diferencia.

Este elemento tiene en cuenta algo que puede ilustrarse bien mediante el ejemplo del trabajo a tiempo parcial. La peor remuneración de dicho trabajo podría obedecer al intento de desincentivar que los trabajadores tomen la decisión de trabajar a media jornada o a la finalidad de compensar los mayores costes, de implementación y organización, asociados al trabajo a tiempo parcial. A esas necesidades trata de dar respuesta el derecho comunitario.

a) Primer elemento del supuesto de hecho: la medida aparentemente neutra

aa) El criterio del trabajo a tiempo parcial

Los casos de discriminación indirecta más frecuentes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia son aquellos en los que están en juego disposiciones que diferencian entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial.

De hecho, el primer caso en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió sobre un supuesto de discriminación indirecta era el asunto *Jenkins c. Kingsgate* (STJCE de 31.3.1981, As. 96/80), en el que lo que estaba en juego era una medida que afectaba al trabajo a tiempo parcial.

> La Sra. Jenkins, quien trabajaba a tiempo parcial para Kingsgate demandó a su empleador Kingsgate contra éste ante el Tribunal Industrial (*Industrial Tribunal*) por pagarle un salario por hora un 10% menor que a sus compañeros masculinos, que trabajaban a tiempo completo. Esto atentaba, según ella, contra el *Equal Pay Act* de 1970, que establecía que hombres y mujeres debían recibir la misma remuneración si realizaban el mismo trabajo y ocupaban el mismo puesto. El Tribunal Industrial (*Industrial Tribunal)* desestimó la demanda. La demandante interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Laboral de Apelación (*Employment Appeal Tribunal)*, que el 25 de febrero de 1980 le

> planteó cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 75/117/CEE al TJCE. El Tribunal Laboral de Apelación (*Employment Appeal Tribunal*) preguntó al TJCE si el art. 119 TCE y el art. 1 de la Directiva 75/117/CEE exigían que la remuneración por hora trabajada fuera idéntica, independientemente de si trataba de un trabajador a tiempo parcial o completo.

También en el asunto *Bilka Kaufhaus GmbH c. Weber von Hartz* (STJCE de 13.5.1986, As. 170/84), la decisión empresarial objeto de estudio suponía una desventaja comparativa para los trabajadores a media jornada.

> La Sra. Weber v. Hartz interpuso demanda contra Bilka Kaufhaus GmbH por negarse ésta a pagarle jubilación. El contrato de trabajo de la Sra. Weber v. Hartz establecía, que los trabajadores a tiempo parcial sólo podían recibir jubilación si habían trabajado como mínimo 15 de 20 años a tiempo completo. El Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgericht)* desestimó la demanda y la demandante interpuso recurso ante el Tribunal de Trabajo Federal (*Bundesarbeitsgericht*,) que el 5 de junio de 1984 planteó tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del art. 119 del Tratado al TJCE. El Tribunal de Trabajo Federal (*Bundesarbeitsgericht)* preguntó si el hecho de que un centro comercial, excluya de su sistema de prestaciones de jubilación a los trabajadores a tiempo parcial, suponía una discriminación indirecta.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha ido incorporando a su jurisprudencia el análisis de otro tipo de medidas, que tenían en cuenta criterios muy diversos. Esto ha permitido desvincular la idea de la discriminación indirecta de la de la protección del trabajo a tiempo parcial. No identificar una con otra supone un avance, porque evita que se caiga en el error de ver tras la discriminación indirecta tan sólo una forma de hacer atractiva esa modalidad de trabajo. La discriminación indirecta no persigue esa finalidad.

El intento de revalorizar el trabajo a tiempo parcial puede resultar un arma de doble filo. Por una parte, tiene la ventaja de permitir la conciliación de la vida laboral y familiar. Por otra, el peso de esa conciliación recae mayoritariamente sobre las mujeres. Por lo que, en la práctica podría resultar un incentivo a las mujeres para adoptar una forma de vida,

de acuerdo con la cual la actividad laboral supone, en la vida de la mujer, una actividad secundaria.

Se trataría de un caso en que aunque la medida estatal de protección del trabajo a tiempo parcial es aparentemente neutral, ésta afecta de una forma distinta a mujeres y hombres. La idea no resulta ajena al derecho de la antidiscriminación, más bien todo lo contrario, esa forma de sensibilización por la realidad social que pretende regularse fue la que motivó la prohibición de la discriminación indirecta. En tanto que las normas sociales, las costumbres parecen atribuir a la mujer las cargas familiares, todas aquellas actuaciones de los poderes públicos que facilitan que esto siga sucediendo, perpetúan los valores vigentes.

El derecho de la antidiscriminación si quiere resultar exitoso, debería garantizar la libertad de decidir de aquellos colectivos que justamente por haber estado apartados históricamente de todo proceso discursivo no han podido participar en la elaboración de los valores, de los modelos. Aunque es cierto que puede resultar preferible para algunas mujeres centrarse en el cuidado de la familia y de los hijos, las políticas antidiscriminatorias deberían garantizar que esa sea una decisión libre. Para ello sería necesario garantizar que existan otras opciones. En ese sentido, una política mucho más acorde con los objetivos del derecho de antidiscriminación es la adopción por parte de los poderes públicos de medidas que propugnen la racionalidad horaria.

bb) Criterios aparentemente neutros susceptibles de ser considerados discriminatorios

Pues bien, como muestran los casos a los que haré alusión a continuación, la figura de la discriminación indirecta es flexible y totalmente independiente del trabajo a tiempo parcial y de una determinada posición respecto de éste.

(1) El criterio de la antigüedad: el asunto *Cadman c. Health & Safety Executive*

En el asunto *Cadman c. Health & Safety Executive* (STJCE de 3.10. 2006, As. 17/05) la disposición controvertida tenía en cuenta la antigüedad de los trabajadores a efectos de determinar la retribución recibida.

> La Sra. B.F. *Cadman* interpuso demanda contra *Health & Safety Executive* ante el Tribunal de trabajo (*Employment Tribunal)* al amparo del *Equal Pay Act*, porque los trabajadores masculinos que ocupaban la misma posición que ella en su empresa, percibían retribuciones mucho más elevadas que ella. Esto era el resultado de la aplicación de un sistema retributivo en que se tenía en cuenta el criterio de la antigüedad como factor que contribuye al aumento del sueldo. El Tribunal de Trabajo (*Employment Tribunal)* estimó la demanda y declaró que las cláusulas del contrato de la Sra. *Cadman* debían modificarse a fin de que fueran igual de beneficiosas que las de sus colegas masculinos. El *Health & Safety Executive* interpuso recurso de anulación ante el Tribunal de Trabajo de Apelación (*Employment Appeal Tribunal)*, que entendió que el Tribunal de Trabajo (*Employment Tribunal)* había incurrido en un error de derecho. La Sra. B. F. *Cadman* interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal)*, que el 11 de enero del 2005 planteó tres cuestiones prejudiciales ante el TJCE. El Tribunal de Apelación (*Court of Appeal)* preguntó si la aplicación por un empresario del criterio de la antigüedad debía ser justificado. La Corte entendió que el criterio de la antigüedad podía redundar en un trato menos favorable para las mujeres que para los hombres y ser considerado por tanto susceptible de ser discriminatorio.

En tanto que las mujeres se han incorporado más tarde que los hombres al mundo del trabajo y muchas de ellas lo abandonan para asumir el cuidado de los hijos, hacer depender de la antigüedad el acceso a ciertas ventajas laborales, perjudica a las mujeres. Exigir antigüedad, que no es otra cosa que exigir presencia en un determinado lugar, es una forma de perpetuar la ausencia de las mujeres en ciertas posiciones. Las mujeres no podrían acceder a ciertos bienes por el mero hecho de no haber accedido antes.

La jurisprudencia estadounidense, origen de la discriminación indirecta, corrobora que ésta es un concepto totalmente desvinculado del trabajo a tiempo parcial.

(2) La exigencia de una determinada cualificación: el asunto *Griggs v. Duke Power Co.*

En el caso de 8 de marzo de 1971, *Griggs v. Duke Power Co.* (401 U.S. 424) el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos discutió el posible efecto discriminatorio sobre el colectivo negro de exigir, para trabajar en una planta generadora de energía eléctrica, el *high school diploma*.

> Los trabajadores negros del demandado interpusieron una demanda contra la decisión de éste de exigir el *high school diploma* o alternativamente la superación de un test de inteligencia como condición para ser empleado en una planta generadora de energía eléctrica. Los demandantes alegaban que dicha exigencia no pretendía medir la habilidad para aprender o llevar a cabo el trabajo en cuestión. El Tribunal del Distrito *(District Court)* desestimó la demanda por considerar que el Título VII del *Civil Rights Act* de 1964 no podía aplicarse retroactivamente a una actuación discriminatoria que ya había cesado. El Tribunal de Apelación *(Court of Appeals)* revisó parcialmente el pronunciamiento de la Corte del Distrito, pero coincidió con ésta en que no se daba una intención discriminatoria. El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos *(U. S. Supreme Court)* dio lugar al recurso de casación por entender que el *Civil Rights Act* exigía la eliminación de toda barrera artificial, arbitraria e innecesaria al empleo que tuviera el efecto de discriminar en base al origen racial y si, como aquí, la práctica empresarial no tiene relación con la ejecución del trabajo, a pesar de la falta de intención discriminatoria.

La exclusión social y marginalidad de ciertas minorías étnicas tiene como consecuencia la imposibilidad de acceder a la educación en las mismas condiciones que los miembros de las mayorías étnicas. La superación de determinadas evaluaciones puede resultar especialmente difícil a ciertos colectivos justamente debido a la discriminación de que han sido objeto en el pasado. Además, los títulos están concebidos para determinar si los candidatos tienen el saber

y los conocimientos de la cultura dominante. Dicho conocimiento debe necesariamente abrirse a lo otro que encarnan otras culturas, si quiere garantizar una convivencia en igualdad de condiciones a todos los miembros que forman parte de una determinada sociedad. Mientras los títulos académicos estén pensados a imagen y semejanza de los miembros de la etnia dominante la exigencia de éstos tiene la consecuencia de excluir a las minorías étnicas.

(3) La exigencia de un peso y altura mínimos: el asunto *Dothard v. Rawlinson*

En la sentencia de 27 de junio de 1977, *Dothard v. Rawlinson* (433 U.S. 321) el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos estableció el efecto discriminatorio *prima facie* de la exigencia de un peso y altura mínimos, por la repercusión negativa que dicho requisito tenía sobre el grupo de solicitantes femeninas.

> La solicitud de trabajo de la demandante en un correccional en Alabama fue rechazada porque ésta no cumplía el requisito de pesar 120 libras, y medir un mínimo de 5 pies y 2 pulgadas. Ante eso la demandante ejercitó una acción de clase frente a la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Trabajo (*Equal Employment Opportunity Commission*) contra los requisitos exigidos respecto del peso y la altura y contra la regulación que tenía en cuenta el género a efectos de asignar posiciones que suponían un contacto con los presos. El correccional de Alabama interpuso un recurso de apelación ante el Tribunal del Distrito (*District Court*). El Tribunal del Distrito (*District Court*) desestimó el recurso de apelación por entender que si se partía de las estadísticas nacionales referentes a los estándares fijados por la prisión de Alabama, la aplicación de éstos, suponía la exclusión de más de un 4% de la población femenina y tan sólo un 1% de la masculina y resultaba, por tanto, aparentemente discriminatoria, apariencia que el apelante no consiguió refutar. El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos *(U. S. Supreme Court)* confirmó la decisión de la Corte del Distrito (*District Court*) y afirmó que para establecer un caso de discriminación laboral prima facie, el demandante sólo debía demostrar que los estándares aparentemente neutrales elegidos seleccionaban a los candidatos según un patrón discriminatorio.

La anatomía de las mujeres convierte la exigencia de una altura mínimo en un obstáculo insalvable para la mayor parte de las trabajadoras femeninas. En tanto que la altura es una característica inmodificable del individuo, la utilización de dicho requisito debe ser sometida a un análisis especialmente riguroso. La relación tan estrecha que existe entre dichos factores y el sexo convierte al trato desfavorable basado en no superar una determinada altura casi en una discriminación directa. El uso de máquinas en las economías industrializadas hace que la altura o fuerza física del trabajador no sea tan relevante y no esté por tanto justificado exigirla. En el caso concreto objeto de estudio, los vigilantes de un correccional podrían suplir su menor estatura con la utilización de armas o el aprendizaje de ciertas técnicas de defensa personal.

(4) Exámenes de acceso: el asunto *Ricci v. Destefano*

En la sentencia de 29 de junio de 2009, *Ricci v. Destefano* (557 U.S_) el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos se pronunció sobre la decisión del Estado de New Haven (City) de descartar los resultados de una prueba, que debía decidir sobre los ascensos en el cuerpo de bomberos, por el impacto negativo que los resultados del test habían tenido en candidatos de minorías étnicas.

> Los bomberos blancos e hispanos a los que, aún habiendo aprobado el examen, se les denegó el ascenso debido a la negativa del Estado de *New Haven* de dar eficacia al test, demandaron al Estado, alegando que dicha decisión constituía una discriminación directa por razón del origen étnico. El Estado de *New Haven* alegó en su defensa que, de no haber descartado el test, hubiera debido hacer frente a una demanda, por adoptar una decisión con impacto de negativo en el colectivo de los bomberos pertenecientes a minorías étnicas. La Corte del Distrito (*District Court*) no dio lugar a la demanda. El segundo circuito (*Second Circuit*) confirmó la decisión de la Corte del Distrito. El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos decidió que la

> decisión de la *City* violaba el § 2000 e-2. (a) (1)[297] Título VII de la Ley de Derechos civiles de 1964 (*Civil Rights Act*), que prohíbe los actos intencionales de discriminación.

Algo parecido a lo que pasa con los títulos académicos sucede con los exámenes de acceso a ciertas posiciones. Para empezar, como sale a relucir en el pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, las pruebas escritas perjudican a los candidatos de minorías étnicas. Además, los test suelen partir, al determinar las cualidades exigidas, de la forma de trabajar del grupo de empleados ya existentes, con lo que si se trata de un sector mayoritariamente blanco, será la forma de ejecutar el trabajo de éstos la que fije el patrón de conducta. No hay que olvidar tampoco que la preparación de ciertos exámenes de acceso exige del estudio de unos materiales y del aprendizaje y conocimiento de unas técnicas que las minorías étnicas no pueden adquirir, debido a su peor situación económica.

(5) Criterios aparentemente neutros adoptados en el acceso a bienes y servicios

Todos los criterios aparentemente neutros pero potencialmente discriminatorios a los que he hecho alusión hasta ahora, se usaban en el ámbito de las relaciones laborales. Sin embargo, también en el acceso a bienes y servicios se utilizan criterios susceptibles de ser considerados indirectamente discriminatorios.

Pondré una serie de ejemplos sin entrar a valorar si la utilización de éstos está o no justificada. Sobre las posibilidades de justificación me pronunciaré mas adelante en el apartado dedicado a esto.

---

[297] "*Title VII of the Civil Rights Act of 1964*

SEC. 2000e-2. (a) (1) It shall be an unlawful employment practice for an employer to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin"

En el acceso a la vivienda, la condición impuesta por el arrendador al arrendatario de presentar el contrato de trabajo o la nómina a efectos de alquilar la vivienda, pone en situación de desventaja a los potenciales inquilinos que trabajan sin contrato. Éstos suelen ser empleados extranjeros, que pertenecen a minorías étnicas.

También puede tener un efecto negativo sobre ese mismo colectivo la discriminación de los arrendadores contra las familias con hijos[298]. Como muchas de las familias numerosas pertenecen a una etnia objeto de marginación[299], el trato desfavorable de unidades familiares con muchos hijos afecta especialmente a esos grupos.

En ese mismo ámbito la práctica consistente en no arrendar una vivienda a familias monoparentales con hijos, pone en situación de desventaja a las mujeres frente a los hombres, porque son éstas las que, mayoritariamente, en casos de crisis matrimonial, obtienen la custodia de los hijos comunes.

En el sector bancario hay también decisiones aparentemente neutrales adoptadas por las entidades de crédito que tienen un impacto adverso en ciertos colectivos: El hecho de condicionar la concesión de un crédito a que el solicitante pueda probar su estabilidad laboral -decisión que se fundamenta en el intento de garantizar la solvencia de éste- perjudica de nuevo a los miembros de minorías étnicas, que trabajan en sectores en los que la forma de contratación suele ser temporal, como en la hostelería. Sin embargo, no estar contratado de forma indefinida no conlleva necesariamente una inestabilidad en los ingresos.

---

[298] Sobre esta forma de discriminación ver: SHAW (1978), *Journal of Family Law*, pp. 559-606.

[299] Sirvan de prueba de esta afirmación los resultados de la encuesta sobre fecundidad realizada por el INE en el año 1999, que muestra que un 22,72 % de las mujeres musulmanas tenían 3 hijos frente a un 14,96 % del total de mujeres encuestadas y un 13,36 % de las mujeres musulmanas tenía 4 hijos frente a un 3,40% del total de encuestadas.

De la misma forma el uso del historial crediticio puede tener efectos discriminatorios. La historia de crédito se elabora a partir de datos sobre el pago puntual de las cuotas de una hipoteca o de otros créditos bancarios. Las minorías étnicas tienen dificultades para acceder a créditos hipotecarios, con lo que no tendrán la opción de demostrar que han cumplido ordenadamente con sus obligaciones y quedarán por tanto catalogados como "malos riesgos". Redefinir los elementos que constituyen una historia crediticia, incluyendo extremos como el pago del alquiler o de los suministros básicos tendría un efecto inclusivo de ciertos colectivos sin renunciar a determinar la solvencia del tomador de crédito.

Como muestran los casos a los que he hecho referencia, el primer elemento del supuesto de hecho de la discriminación indirecta, la "medida aparentemente neutral", abarca todo tipo de decisiones tomadas en base a cualquier criterio.

A priori toda decisión podría ser objeto de estudio. Se abre así la posibilidad de pensar sobre toda estructura, cuestionar todo criterio, se adopta así la perspectiva del género o del origen étnico en el proceso de toma de decisiones, desde un principio.

De esta forma se garantiza la sensibilización de los actores sociales por el problema de la discriminación. Ya en este primer paso en el examen de la discriminación indirecta aparece lo definitorio de esta figura: no se trata de evitar comportamientos intencionalmente discriminatorios, se trata de combatir la "neutralidad" respecto de una situación de desigualdad fáctica.

Se exige una forma de responsabilidad distinta, que tiene rasgos que recuerdan a la responsabilidad por una omisión y que se apartan del ideal de justicia correctiva[300]. Uno debe responsabilizarse de algo que no es tan sólo su responsabilidad individual.

[300] MORRIS (1995), *Oxford Journal of Legal Studies 15*, p. 204.

b) Segundo elemento del supuesto de hecho: la diferencia de impacto

La diferencia de impacto es un elemento muy importante del supuesto de hecho de la discriminación indirecta, es el punto de partida, el indicio de que una medida podría resultar indirectamente discriminatoria.

aa) ¿Necesidad de la prueba estadística de la diferencia de impacto?

Generalmente se ha interpretado que esa diferencia de impacto, debía materializarse en una afectación diferente, comprobable a través de datos estadísticos, que mostraran que la medida perjudicaba a un tanto por ciento mayor de mujeres que de hombres.

En este punto, conviene hacer alusión a la diferencia existente en el tenor de la Directiva 2004/113/CE en su versión española y en la alemana.

La versión alemana de ésta no define, como la española, la discriminación indirecta como "la situación en que una disposición [...] *sitúa* a personas de un sexo determinado en desventaja particular" sino que considera que existe discriminación siempre que "disposiciones aparentemente neutrales *puedan perjudicar* a personas de un sexo respecto de las del otro"[301].

La diferencia es importante ya que, si interpretamos literalmente la Directiva en español, la víctima debería aportar datos estadísticos, que probaran que la medida afecta a un tanto por ciento mayor de mujeres que de hombres. Mientras que si entendiéramos que el derecho comunitario sólo exige que la medida pueda tener un impacto distinto, bastaría con que la víctima probara la idoneidad de

[301] "[...] *dem Anschein nach neutrale Vorschriften Personen, die einem Geschlecht angehören [...] gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteligen können*, [...]".

la medida para afectar de forma distinta al colectivo de las mujeres y los hombres, quedando liberada de la compleja prueba estadística de la diferencia de impacto[302].

Esta última interpretación podría estar sustentada por lo apuntado por el Tribunal de Justicia, en el asunto *O'Flynn c. Adjudication Officer* (STJCE de 23.5.1996, As. 237/94), respecto del concepto de discriminación por razón de la nacionalidad, previsto en el Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad de la libre circulación de trabajadores.

> El Sr. O'Flynn, irlandés, solicitó, tras el fallecimiento de un hijo suyo, el pago de los gastos del funeral, previsto en las Regulaciones del Fondo Social (*Social Fund Regulations*) de 1987. El Oficial de Adjudicación (*Adjudication Officer*) denegó al Sr. O'Flynn dicho pago porque su hijo no había sido inhumado en el Reino Unido. La norma aplicable supedita la concesión de la prestación a la condición de que la inhumación o incineración del muerto halla tenido lugar en el Reino Unido. El Sr. O'Flynn interpuso recurso contra la denegación por considerar que el requisito territorial era indirectamente discriminatorio en perjuicio de trabajadores emigrantes. El 28 de junio de 1994 el Comisario de Seguridad Social (*Social Security Commissioner*) planteó tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al TJCE en el marco del litigio entre el Sr. O'Flynn y el Oficial de Adjudicación (*Adjudication Officer*). El Tribunal de Justicia consideró que dicha norma suponía una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad.

El Tribunal de Justicia consideró que no era necesario probar que la disposición controvertida estaba afectando, en la práctica, a un porcentaje considerablemente más importante de trabajadores emigrantes, sino que bastaba con comprobar que dicha disposición podía producir tal efecto (STJCE de 23.5.1996, As. 237/94, apartado 21).

[302] SCHIEK/ SCHIEK (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 3, Mg. 43.

bb) La diferencia de impacto: efectos directos e indirectos

En el asunto *Kachelmann c. Bankhaus Hermann Lampe KG* (STJCE de 26.9.2000, As. 322/98), el Tribunal de Justicia, al analizar la diferencia de repercusión de una medida, no se limitó a tener en cuenta sus efectos directos, sino que incluyó en el análisis los efectos indirectos de ésta.

> La Sra. *Kachelmann* interpuso una demanda ante el Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgericht)* de Hamburgo contra su empleador *Bankhaus Hermann Lampe KG* por despido improcedente. *Bankhaus Hermann Lampe KG*, al llevar a cabo la selección social, preceptiva en supuestos de despido por causas económicas, había omitido comparar a la Sra. *Kachelmann*, empleada a tiempo parcial, con otros trabajadores a tiempo completo. El Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgericht)* desestimó la demanda. El empresario había actuado de acuerdo con la Ley de protección alemana contra el despido (*Kündigungsschutzgesetz*), que en su interpretación jurisprudencial establecía que los trabajadores a tiempo parcial no son comparables a los trabajadores a tiempo completo a efectos de llevar a cabo la selección social. La Sra. *Kachelmann* interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Territorial de Trabajo (*Landesarbeitsgericht)* de Hamburgo. Éste planteó el 24 de julio de 1998 al TJCE una cuestión prejudicial. El Tribunal Territorial de Trabajo (*Landesarbeitsgericht)* preguntó si podía considerarse que la interpretación que se estaba dando al art. 1.3 de la Ley de protección alemana contra el despido (*Kündigungsschutzgesetz*) conducía a una discriminación indirecta por razón de sexo.

El Tribunal de Justicia respondió a la cuestión que se le planteaba, que la disposición nacional no suponía ninguna desventaja directa para los trabajadores a tiempo parcial. Como la norma se aplicaba por igual a los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, ambas categorías de trabajadores se veían favorecidos o desfavorecidos de la misma manera, según si en la empresa se suprimía un puesto de trabajo a tiempo parcial o completo. Pero como el número de trabajadores a tiempo completo es, en todos los sectores, más elevado que el de los empleados a tiempo parcial, en caso de despido, los trabajadores a tiempo parcial, tienen más dificultades de encontrar otro empleo comparable. El Tribunal consideró que en vistas de

que la norma implicaba, una desventaja indirecta para los trabajadores a tiempo parcial y por tanto para las mujeres, ésta podía ser considerada discriminatoria, si no estaba justificada[303].

c) Tercer elemento del supuesto de hecho: la justificación objetiva de la medida

Para que se cumpla el supuesto de hecho de la discriminación indirecta debe concurrir además un elemento negativo, que consiste en que la medida en cuestión no esté justificada.

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE establecen que una medida, que perjudica a un porcentaje mayor de mujeres que hombres, no podrá ser considerada discriminatoria si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados y necesarios.

La discriminación indirecta puede resultar un instrumento muy eficaz para erradicar sesgos ocultos que perjudican a las mujeres y a personas de ciertos orígenes étnicos. Sin embargo, sus posibilidades están dependiendo en gran medida de la forma en que se ejerza el control de la justificación de las medidas con impacto adverso. Para que esta figura pueda realizar su función deben cumplirse ciertos requisitos: El primero consiste en identificar claramente las finalidades que permiten a un empresario adoptar una práctica que resulte discriminatoria a priori. El segundo radica en exigir que la decisión discriminatoria sea adecuada para realizar esas finalidades predefinidas como legítimas. En tercer lugar hay que garantizar que se buscan alternativas que permiten la consecución de dichas finalidades con un menor efecto discriminatorio. El cuarto requisito reside en que esté claro quien, víctima o presunto discriminador, tiene la carga de probar qué. El último exige que los Tribunales

[303] *Kachelmann c. Bankhaus Hermann Lampe KG* (STJCE, 26.9.2000, As. 322/98, apartados 28, 29).

lleven a cabo un examen pormenorizado, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, de la proporcionalidad de la medida discriminatoria.

aa) La discriminación indirecta y su justificación en el derecho norteamericano

(1) La justificación objetiva: la medida se refiere al puesto de trabajo (*job related*) y no existe una alternativa menos discriminatoria (*less-discriminatory alternative*)

Estos cinco requisitos se cumplen en el ordenamiento norteamericano de dónde proviene, de hecho, la figura de la discriminación indirecta.

En dicho ordenamiento el análisis del efecto indirectamente discriminatorio de una medida se lleva a cabo en tres pasos: En un primer momento el demandante debe probar el impacto adverso de la decisión. Esto provoca que el demandado deba acreditar que la decisión estaba justificada por estar referida al trabajo *(job related)* u obedecer a necesidades empresariales *(bussiness necessity)*. Si el demandado logra demostrar esto, el demandante deberá aportar la prueba de que existe una alternativa menos discriminatoria que sirve a las necesidades del empresario y que éste se niega a adoptar.

> "Bajo la ley de impacto dispar (*disparate-impact statute*), un demandante establece una violación *prima facie* demostrando que el empleador usa una práctica particular de empleo que causa un impacto dispar en base al origen racial, color, religión, sexo u origen nacional. Un empleador podrá defenderse frente a la responsabilidad demostrando que la práctica se refiere al trabajo o posición en cuestión o es consistente con necesidades empresariales. Incluso si el empleador cumple con dicha carga, no obstante, un demandante podría tener éxito probando que el empleador se niega a adoptar una práctica de empleo alternativa

> y disponible, que tiene un menor impacto dispar y sirve a las necesidades legítimas del empleador."[304]

Pero, además, los Tribunales son conscientes de la relevancia de llevar a cabo un análisis exhaustivo de las circunstancias del caso concreto. Sirva de modelo una reciente sentencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos sobre un supuesto de discriminación indirecta.

(2) El análisis de la justificación de la medida: el asunto *Ricci v. Destefano*

En la sentencia *Ricci v. Destefano* (557 U.S._ (2009)) el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos decidió sobre si podía considerarse directamente discriminatoria *(disparate treatment)* la decisión de New Haven de descartar un test de selección de tenientes de bombero porque éste tenía un impacto dispar *(disparate impact)* sobre los candidatos afroamericanos e hispanos. Los candidatos blancos que había superado el test consideraron que descartar los resultados, los discriminaba por razón de su origen racial.

A los efectos que aquí interesan, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos supervisó minuciosamente el estudio previo al que había sometido *New Haven* el test de selección con impacto negativo, para determinar si la utilización de dicho test podía considerarse justificada o no.

---

[304] *Ricci v. Destefano* (557 U.S._ [2009])*: "Under the disparate-impact-statute, a plaintiff establishes a prima facie violation by showing that an employer uses "particular employment practice that causes a disparate impact on the basis of race, colour, religion, sex, or national origin." An employer may defend against liability by demonstrating that the practice is "job related for the position in question and consistent with business necessity. Even if the employer meets that burden, however, a plaintiff may still succeed by showing that the employer refuses to adopt an available alternative employment practice that has less disparate impact and serves the employer's legitimate needs."*

(2.1) El análisis del puesto de trabajo

El examen de la justificación del test comienza, sometiendo el puesto de trabajo que va ser ocupado, a un análisis para recabar información sobre las habilidades requeridas para llevar a cabo la tarea a realizar.

De lo que se trata es de identificar aquellas "necesidades empresariales primordiales y de peso" (*an overriding and compelling business necessity)* a las que podrían responder las habilidades exigidas[305].

El concepto de "primordial y de peso" (*overriding and compelling)* fija el grado de escrutinio al que se somete el análisis del puesto de trabajo que va a ocuparse. Éste se contrapone al concepto más laxo de "objetivo legítimo de empleo" (*the legitimate employment goal)*[306]*,* utilizado por la Corte en una jurisprudencia expresamente descartada por el legislador americano al codificar la figura de la discriminación indirecta[307]. No bastará con que el empleador aduzca un objetivo empresarial. Éste deberá apelar a una necesidad en el sentido literal de la palabra y además a una, que sea primordial y de peso.

---

[305] Voto particular (*Dissenting Opinion*) del juez GINSBURG en *Ricci v. Destefano* (557 U.S._ [2009]): *"Practices discriminatory in effect, courts repeatedly emphasized, could be maintained only upon an employer's showing of "an overriding and compelling business purpose."*

[306] Voto particular (*Dissenting Opinion*) del juez GINSBURG en *Ricci v. Destefano* (557 U.S._ [2009], *Dissenting Opinion*): *"And in place of the instruction that the challenged practice "must have a manifest relationship to the employment in question, Wards Cove said that the practice would be permissible as long as it served, in a significant way, the legitimate employment goals of the employer".*

[307] Voto particular (*Dissenting Opinion*) del juez GINSBURG en *Ricci v. Destefano* (557 U.S._ [2009], *Dissenting Opinion*): *"In response to Wards Cove and a number of other recent decisions by the United States Supreme Court that sharply cut back on the scope and effectiveness of civil rights law, Congress enacted the Civil Rights Act of 1991. Among the 1991 alterations, Congress formally codified the disparate-impact component of Title Vii. In so amending the statute, Congress maid plain its intention to restore "the concepts of business necessity and job related enunciated by the Supreme Court in Griggs v. Duke Power Co. and other Supreme Court decisions prior to Wards Cove Packing Co .v. Antonio."*

La necesidad deberá afectar al puesto concreto que va a ocuparse ("*job related for the position in question"*). Prevalece de nuevo aquí la versión más estricta del juicio de justificación. La referencia a la posición concreta limita las posibilidades del empleador de excusarse alegando meras generalidades que afecten a su política de contratación y facilita la supervisión de la justificación de la medida por parte de los Tribunales.

El juez GINGSBURG en su voto particular, introduce ya aquí la duda sobre la objetividad y neutralidad del análisis que se ha llevado a cabo. En tanto que al determinar las habilidades necesarias para la ejecución de la tarea se partió de cómo trabajaban un grupo de bomberos mayoritariamente blancos, la forma de hacer de éstos determinó lo que luego se definió como habilidades necesarias para desempeñar el trabajo.

(2.2) El análisis del test de selección

Una vez fijadas las necesidades del lugar de trabajo, se procede a realizar un análisis del test. Éste debe guardar una "relación manifiesta con la ejecución del trabajo" (*manifest relationship to job performance*). Se contrapone aquí la forma de relación exigida entre el test y la posición a ocupar a una versión más laxa que exigiría tan sólo que el test con impacto adverso "sirviera de forma significativa a las necesidades empresariales del empleador" (*served in a significat way, the legitimate employment goals*).

Para garantizar que el test guardaba la relación requerida con el puesto a ocupar, *New Haven* contrató la elaboración de la prueba a una agencia especializada (*Industrial/Organizational Solutions*). Además, a efectos de llevar a cabo un análisis del posible efecto indirectamente discriminatorio del examen, *New Haven* lo sometió a la aprobación de tres expertos independientes. El primero, Hornick, era un psicólogo especializado en organización industrial, el segundo, Vincent Lewis, era experto en programas contra el fuego y la tercera, Janet Helms, era

especialista en la influencia que la cultura y el origen racial tienen en la ejecución de test.

(2.3) La ausencia de alternativas al test de selección

Si el test es adecuado para examinar a los candidatos sobre los conocimientos requeridos para desempeñar las tareas, se tratará, por último, de determinar si existen métodos de selección menos discriminatorios que permitan identificar también la correcta cualificación de los solicitantes.

Aquí, Hornick entendió que sí existían alternativas menos discriminatorias. Propuso, en concreto, o bien una distinta ponderación de la parte escrita y la parte oral, atendiendo a que los test escritos perjudican a los miembros de minorías étnicas o bien una selección de los candidatos a través de centros de evaluación que los enfrentaran a "situaciones reales simuladas" (*real-life-scenarios*)[308].

(3) Valoración del análisis de la justificación objetiva llevado a cabo en el ordenamiento norteamericano

Independientemente del pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, que versaba sobre la relación entre discriminación directa e indirecta, me interesaba sacar aquí a la luz la exhaustividad con que puede llevarse a cabo el examen de proporcionalidad de una medida con impacto adverso y el potencial removedor de obstáculos ocultos que dicha exhaustividad conlleva.

Para poder llevar a cabo un análisis de tales características debe estar claro el estándar de escrutinio que va a aplicarse

[308] Voto particular (*Dissenting Opinion*) del juez GINSBURG en *Ricci v. Destefano* (557 U.S._ [2009], *Dissenting Opinion*): *"Hornick and others had identified better, less discriminatory selection methods –such as assessment centres or exams with a more heavily weighted oral component."*

a la medida indirectamente discriminatoria. No se trata, sin embargo, tan sólo de adoptar esa decisión de política legislativa, sino que la figura de la discriminación indirecta requiere, como evidencia la experiencia norteamericana, de la elaboración de estudios empíricos sobre la incidencia que ciertas prácticas tienen en colectivos históricamente excluidos. También es necesario contar con la colaboración de expertos en prácticas discriminatorias, como hizo el Estado de *New Haven* desde un principio. Será además imprescindible que se propongan de forma sistemática posibles alternativas basadas en criterios realmente neutros respecto del sexo y el origen étnico de las personas.

bb) La justificación objetiva de la medida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

(1) De la discriminación indirecta como encubierta a la discriminación indirecta como „*disparate impact*“

(1.1) La discriminación indirecta como discriminación directa encubierta: el asunto *Jenkins c. Kingsgate*:

En sus inicios, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, parecía partir de una concepción de la discriminación indirecta como una discriminación directa encubierta u oculta. En el asunto *Jenkins c. Kingsgate* (STJCE, 31.3.1981, As. 96/80), en el que empieza a forjarse el concepto de discriminación indirecta, el Tribunal de Justicia consideró justificada la remuneración menor de los trabajadores a tiempo parcial, porque ésta no era un medio indirecto de disminuir el nivel de remuneración de los trabajadores a tiempo parcial por ser éstos principalmente mujeres. (*Jenkins c. Kingsgate* STJCE, 31.3.1981, As. 96/80, apartado 15).

Esta primera concepción de la discriminación indirecta, consiste en ver en ésta un método para evitar las discriminaciones encubiertas u ocultas. La prohibición de

discriminación no debe ser burlada mediante la adopción de una medida que, sin hacer referencia expresa al sexo, sí pretende tratar de forma distinta a mujeres y hombres. La clave de la discriminación indirecta sería pues sacar a la luz el vínculo existente entre una medida y el sexo de los afectados, vínculo que quedaba oculto bajo la apariencia de neutralidad.

(1.2) La discriminación indirecta como „disparate impact": el asunto *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & co KG*

En sentencias posteriores, el Tribunal de Justicia se aparta de esa concepción restrictiva de la discriminación indirecta y apunta a un concepto que no sólo abarcaría las discriminaciones intencionales sino también aquellas que sencillamente tienen un impacto adverso en determinados colectivos. Al empleador se le impone así la obligación de tener en cuenta, cuando adopta una decisión empresarial, el posible efecto discriminador que ésta puede tener.

> En el asunto *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & co KG* (STJCE de 13.7.1989, As. 171/88), el Tribunal de Justicia rechazó los argumentos del Gobierno alemán en defensa de una ley que excluía del pago del salario en caso de enfermedad a ciertos trabajadores a tiempo parcial. El Gobierno alemán sostuvo que justificaba la norma la circunstancia de que aquellos trabajadores que trabajaban menos de diez horas no presentaban en su relación con la empresa un grado de integración ni un vínculo de dependencia comparable con los de los otros trabajadores (STJCE, 13.6.1989, apartado 13). El Tribunal consideró que dichas alegaciones no eran más que meras generalizaciones, inapropiadas para probar que la medida no fuera discriminadora.

El Tribunal de Justicia exige del empresario o del Estado que demuestre que la medida de impacto negativo que ha adoptado está "justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo"[309]. No bastará

[309] *Bilka Kaufhaus GmbH c. Weber von Hartz* (STJCE de 13.5.1986, As. 170/84, apartado 31); *Kowalska* (STJCE de 27. 6.1990, As. 33/89, apartado 16); *Nimz* (STJCE de 7.2.1991, As. 184/89, apartado

con probar que no se da la intención de discriminar ni tampoco será suficiente con alegar "meras generalizaciones, inapropiadas para probar que la medida no fuera discriminadora". Será necesario que la decisión adoptada persiga una finalidad legítima.

(2) La justificación de la medida con impacto dispar: Estándares distintos de escrutinio

El Tribunal de Justicia ha ejercido un control no homogéneo de la justificación de las medidas con impacto negativo. Ha entendido que podían ser considerados objetivos legítimos tanto las finalidades de política social[310] perseguidas por los Estados miembros, como las necesidades económicas o empresariales[311] de los empleadores. Pero mientras que ha aplicado un estándar de escrutinio muy laxo respecto de las medidas adoptadas por los Estados miembros, no ha hecho lo mismo con las decisiones empresariales. Esto lo evidencia la comparación de los pronunciamientos del Tribunal referidos a disposiciones nacionales discriminatorias por contraposición a aquellos recaídos en casos en los que estaban en juego decisiones discriminatorias empresariales.

---

15); *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover* (STJCE de 14.12.1995, As. 317/93, apartado 28); *Edith Freers y otros c. Deutsche Bundespost* (STJCE de 7.3.1996, As. 278/93, apartado 23); *Gerster c. Freistaat Bayern* (STJCE de 2.10,1997, As. 1/95, apartado 34); *Jämställdhetsombudsmannen c. Örebro läns landsting* (STJCE, de 30.3.2000, As. 236/98 apartado 50**)**; *Nikoloudi c. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE* (STJCE, de 10.3.2005; As. 196/02 apartado 47); *Voss c. Land Berlin* (STJCE de 6.12.2007, As. 300/06, apartado 42).

[310] *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover* (STJCE de 14.12.1995, As. 317/93, apartado 28); *Megner y otros c. Pfalz* (STJCE de 14.12.1995; As. 444/93, apartado 24); *Posthuma-van Damme y otros c. Bestuur van de Bedrijfsvere niging voor Detailhandel, Ambachten y otros* (STJCE de 1.2.1996, As. 280/94, apartado 24).

[311] El Tribunal de Justicia consideró en el asunto *Bilka Kaufhaus GmbH c. Weber von Hartz* (STJCE de 13.5.1986, As. 170/84, apartado 37), que un centro comercial podía justificar una medida que suponía una desventaja comparativa para los trabajadores a media jornada, alegando que quería desincentivar por necesidades económicas, el trabajo a tiempo parcial.

(2.1) La justificación de políticas sociales con impacto dispar

(2.1.1) El asunto *Seymour-Smith y Pérez*

En el asunto *Seymour-Smith y Pérez* (STJCE de 9.2.1999, As. 167/97) estaba en juego una norma que limitaba la protección frente a despidos improcedentes a aquellos trabajadores que hubieran trabajado un mínimo de años.

> La Sra. *Seymour-Smith* interpuso demanda ante el Tribunal Industrial (*Industrial Tribunal)* contra su empleador *Christo & Co* por despido improcedente. La Sra. Pérez interpuso también demanda contra su empleador *Matthew Stone Restoration* ante el mismo órgano y así mismo por despido improcedente. A ambas trabajadoras se les había aplicado la norma según la cual sólo quedaban protegidos frente a despidos improcedentes los trabajadores que hubieran trabajado como mínimo dos años por cuenta ajena, requisito que ninguna de las demandantes cumplía. Las demandantes alegaron que dicha norma era indirectamente discriminatoria porque había menos mujeres que hombres que hubieran trabajado, como mínimo, dos años. El Tribunal Industrial (*Industrial Tribunal)* inadmitió las demandas. Las demandantes interpusieron recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación invocando el art. 119 TCEE. El Tribunal de Apelación *(Court of Appeal)* consideró que la indemnización por despido improcedente no podía ser considerada retribución en el sentido del art. 119 TCEE. Las demandantes interpusieron recurso de casación ante la Cámara de los Lores *(House of Lords)*, que el 13 de marzo de 1997 planteó cinco cuestiones prejudiciales al TJCE. La Cámara de los Lores *(House of Lords)* preguntó por los elementos que el Gobierno debía aportar para justificar una medida con efectos indirectamente discriminatorios.

El Gobierno del Reino Unido sostuvo, en defensa de la norma, que el riesgo que suponía para los empresarios el hecho de poder ser demandados por despido improcedente por trabajadores de reciente incorporación, podía disuadirles de contratar a nuevos trabajadores. El Tribunal de Justicia entendió que era indiscutible que la promoción de la contratación constituía un objetivo legítimo de política social. Consideró que las alegaciones del Gobierno del Reino Unido "no bastaban para aportar elementos que permitieran estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados

para la consecución de dicho fin"[312] y manifestó que "corresponde al órgano jurisdiccional nacional, […] determinar si y en qué medida se justifica por razones objetivas […] una disposición legal cuyo ámbito de aplicación aun siendo independiente del sexo del trabajador, afecta de hecho a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres[313]."

(2.1.2) El asunto *Kachelmann c. Bankhaus Hermann Lampe KG*

En el asunto *Kachelmann c. Bankhaus Hermann Lampe KG* (STJCE de 26.9.2000, As. 322/98), en que estaba en juego la interpretación jurisprudencial de una norma, que ponía en situación de desventaja particular a los trabajadores a tiempo parcial, el Tribunal de Justicia entendió que la política social era una finalidad legítima que podía justificar la adopción de tal norma con impacto adverso sobre el colectivo de las mujeres. Y añadió: "[…] en el estado actual del Derecho comunitario, la política social es competencia de los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación razonable en lo que respecta a la naturaleza de las medidas de protección social y a sus modalidades concretas de ejecución[314]."

Como muestran estos dos asuntos, cuando se trata de determinar si una ley nacional es indirectamente discriminatoria, el Tribunal de Justicia se limita a verificar que la medida no sea manifiestamente irrazonable y difiere a los Estados miembros la decisión sobre la proporcionalidad en sentido estricto. No lleva a cabo ni el juicio de adecuación ni el de necesidad[315].

---

[312] *Seymour-Smith y Pérez* (STJCE de 9.2.1999, As. 167/97, apartado 76).

[313] *Seymour-Smith y Pérez* (STJCE de 9.2.1999, As. 167/97, apartado 67).

[314] *Kachelmann c. Bankhaus Hermann Lampe KG* (STJCE, 26.9.2000; apartado 30).

[315] SCHIEK (2007), "Indirect Discrimination", en SCHIEK/ WADDINGTON/ BELL (ed.), *Non-Discrimination Law*, p. 447; PAGER (2003), *American Journal of Comparative Law 51*, p. 556.

(2.2) La justificación de decisiones empresariales con impacto dispar

Aunque en sus primeras decisiones sobre políticas empresariales el Tribunal de Justicia procedió de forma similar a como hace con las decisiones adoptadas por los Estados[316], poco a poco se va perfilando una tendencia a asumir el examen de proporcionalidad de las medidas, que lleva a una aplicación más estricta de la exigencia de la justificación.

(2.2.1) El asunto *Danfoss*

En el asunto *Danfoss (Handels– og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark c. "Dansk Arbejdsgiverforening"* [STJCE de 17.10.1989, As. 109/88]) el Tribunal de Justicia se pronunció sobre las posibilidades de justificar la utilización de criterios como la flexibilidad, la formación profesional y la antigüedad, a efectos de aumentar la retribución base de los trabajadores.

> La Federación de Empleados (*Handels– og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark)* interpuso una demanda contra la "Confederación patronal" (*Dansk Arbejdsgiverforening*), que actuaba en nombre de la empresa *Danfoss*, ante el Tribunal de Arbitraje Laboral. La Federación de empleados sostenía que la política de salarios de *Danfoss* era indirectamente discriminatoria por razón de sexo. *Danfoss* abonaba el mismo salario de base a los trabajadores situados en la misma categoría salarial, pero concedía a sus asalariados aumentos de salario individuales que calculaba en función de su flexibilidad, de su formación profesional y de su antigüedad. La Federación de empleados presentó estadísticas que mostraban que la retribución media satisfecha a los trabajadores masculinos era superior en un 6,85 % a la abonada a las trabajadoras femeninas. El Tribunal de Arbitraje Laboral suspendió el procedimiento y planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TTJCE.

[316] Esto lo demuestra claramente PAGER en PAGER (2003), *American Journal of Comparative Law 51*, pp. 591-592, remitiendo al razonamiento del Tribunal de Justicia en las sentencias *Bilka Kaufhaus GmbH c. Weber von Hartz* (STJCE de 13.5.1986, As. 170/84) y *Kowalska* (STJCE de 27. 6.1990, As. 33/89).

El Tribunal entendió que la utilización de los criterios de la flexibilidad y de la formación profesional sólo podía estar justificada si dichas características revestían importancia para la ejecución de las tareas específicas, pero no podía ser tenida en cuenta en abstracto, como indicador de la calidad del trabajo realizado por el trabajador. Respecto de la antigüedad entendió, por el contrario, que el empresario no debía justificar de modo especial la utilización de dicho criterio porque en tanto que ésta es equiparable a la experiencia, coloca al trabajador en situación de realizar mejor sus tareas.

Respecto de la intransparencia del sistema retributivo estableció que en tales casos bastaba con que las trabajadoras establecieran diferencias entre retribuciones medias, para que esto tuviera el efecto de "trasladar al empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria en realidad[317]."

El Tribunal de Justicia apostó pues por la transparencia en la toma de decisiones y por la elección de criterios, que se ajustaran realmente al puesto de trabajo concreto. Admitió, sin embargo, la legitimidad de la utilización del criterio de la antigüedad como indicador en abstracto de experiencia y, por tanto, de calidad. Aquí falló, a mi modo de ver, al renunciar a exigir un examen diferenciado de las necesidades a las que trata de dar respuesta esa exigencia de antigüedad. A las mujeres, que se han incorporado más recientemente al mundo del trabajo y que lo abandonan con frecuencia para hacerse cargo de los hijos, este criterio les perjudica en muchos casos innecesariamente.

(2.2.2) El asunto *Hill & Stapleton c. The Revenue Commissioners*

En el asunto *Hill & Stapleton c. The Revenue Commissioners* (STJCE de 17.6.1996, As. 243/95) el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la justificación de un sistema retributivo que,

[317] *Danfoss (*STJCE, 17.10.1989, As. 109/88, apartado 13).

para computar la antigüedad, tenía sólo en cuenta el tiempo efectivamente trabajado y perjudicaba por tanto a los trabajadores a media jornada: Dos años de trabajo a tiempo parcial equivalían a un año de trabajo a tiempo completo.

> Las señoras Hill y Stapleton interpusieron una demanda contra el Ministerio de Economía y Hacienda (el *Revenue Commissioners* y el *Department of Finance)* ante la Corte Laboral (*Labour Court*). Las demandantes, que habían trabajado a tiempo parcial compartiendo un puesto de trabajo (*job-sharing*), al decidir volver a trabajar a tiempo completo, fueron catalogadas en un grado de la escala retributiva, que no se correspondía con los años que habían trabajado. Esto obedecía al funcionamiento del sistema retributivo en el que, a efectos de ascender a un grado de retribución mayor, dos años de trabajo a media jornada equivalían a un año de antigüedad en jornada completa. Las demandantes entendieron que este sistema de cómputo de la antigüedad daba lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo. La Corte Laboral (*Labour Court*) suspendió el procedimiento y planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE.

El Tribunal consideró que el argumento aportado por el demandado de que "contabilizar únicamente el tiempo efectivamente trabajado […] ofrece un sistema de recompensas que mantiene la motivación, el interés y la moral del personal"[318] era una mera generalidad que no estaba justificada por criterios objetivos. Entendió además que "Respecto a la justificación basada en motivos económicos, debe recordarse que un empleador no puede justificar una discriminación que resulta de un régimen de trabajo compartido por el único motivo de que la eliminación de tal discriminación implica un aumento de sus costes[319]."

Interesante de este pronunciamiento es, sobre todo, la posición del Tribunal respecto del argumento de que adoptar medidas alternativas no discriminatorias resulta más costoso. El Tribunal entiende que dicho argumento no es suficiente.

---

[318] *Hill & Stapleton c. The Revenue Commissioners* (STJCE, 17.6.1996, As. 243/95, apartado 38).

[319] *Hill & Stapleton c. The Revenue Commissioners* (STJCE, 17.6.1996, As. 243/95, apartado 39).

(3) Valoración de la justificación objetiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

He tratado de presentar aquí la postura del Tribunal de Justicia respecto de las posibilidades de justificación de una medida con impacto adverso. No he entrado a analizar la posición del Tribunal respecto de todos los criterios aparentemente neutrales que se utilizan en las relaciones laborales. El tema de este trabajo son las discriminaciones acaecidas en el acceso a bienes y servicios y de lo que se trataba era de dilucidar unas conclusiones que pudieran ser extrapolables al tema en concreto que nos ocupa.

Sin embargo, de la propia naturaleza del examen que debe realizarse se deriva la dificultad de destilar un patrón general. Si justamente lo que se predica es la necesidad de atender al caso concreto, de poco servirán unas pautas que, por ser genéricas, no podrán ajustarse a las circunstancias del supuesto a analizar. En todo caso y siendo perfectamente consciente de la limitación de éstos, intentaré presentar los principios que fijan el marco dentro del que debería llevarse a cabo el juicio de proporcionalidad:

Aunque el Tribunal de Justicia haya prescindido, al someter a examen ciertas políticas sociales, de llevar a cabo un juicio de adecuación y necesidad, esto no puede achacarse a que esto sea prescindible, sino más bien a un intento de respetar la competencia de los Estados miembros en dicha materia. Así, la justificación de una medida indirectamente discriminatoria a priori en el ámbito del acceso a bienes y servicios deberá ser adecuada y necesaria para la consecución de la finalidad legítima perseguida.

El Tribunal ha considerado que la persecución de necesidades económicas era legítima. Sin embargo, no ha concretado lo que debía entenderse por tales. De lo que se trata fundamentalmente en este punto es de dirimir si cualquier aumento de la rentabilidad permite justificar la adopción de una medida con impacto adverso.

IAN AYRES apuesta por un concepto de la justificación económica basada en los costes de producción. Para este autor, una política con impacto dispar no sería justificable si ésta persiguiera la finalidad de obtener beneficios supra-competitivos[320]. La razón de no aceptar este tipo de justificaciones es que las empresas no están obligadas a adoptar prácticas anticompetitivas para sobrevivir económicamente, con lo que dichas prácticas no pueden considerarse necesidades[321].

La propuesta de IAN AYRES me parece acertada y estoy de acuerdo con que la justificación por necesidades económicas debería interpretarse en este sentido. Esta lectura es coherente con la prohibición de la discriminación estadística, que también pone freno a aquellas conductas discriminatorias que obedecen a la persecución de intereses económicos. Además, tiene en cuenta que una de las finalidades del derecho antidiscriminatorio es repartir los costes de discriminaciones pasadas: Las políticas anticompetitivas suelen aprovecharse de la falta de información y falta de alternativas de ciertos colectivos históricamente excluidos, para obtener beneficios adicionales. Esto es lo que ponen de relieve las prácticas

[320] AYRES (2007), Californian Law Review 95, p. 672: "An economic analysis of market competition supports the argument that pro- and anti-competitive policies should be legally distinguishable in disparate impact analysis. In competitive markets, sellers are driven to pay workers their marginal product and price products at their marginal cost. Market competition accordingly puts pressure on a firm to pay non-graduates less if this group of employees tends to have lower productivity. If there really is a productivity difference between different types of workers, then a firm that pays non-graduates and graduates the same will be at a competitive cost disadvantage relative to competitor firms that pay non-graduates less. Therefore, employers in competitive markets cannot (absent legal intervention) ignore differences in marginal productivity in determining salaries and wage distinctions that are byproducts of market competition. Market competition, however, does not put pressure on a firm to gouge wages (pay a group of workers substantially less than their marginal productivity) or to gouge prices (charge a group of consumers substantially more than the product's marginal cost)."

[321] AYRES (2007), *Californian Law Review 95*, p. 684.

adoptadas en la financiación de automóviles o en la concesión de hipotecas.

Dicha interpretación tiene perfecta cabida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como muestran sus afirmaciones en el asunto *Hill & Stapleton c. The Revenue Commissioners* (STJCE de 17.6.1996, As. 243/95): No puede mantenerse una política indirectamente discriminatoria apelando a que suprimirla supondría a un aumento de los costes de producción.

d) La naturaleza híbrida de la discriminación indirecta

La discriminación indirecta tiene una estructura compleja, que se explica por su origen y la finalidad que persigue, que era dar respuesta a las limitaciones de la figura de la discriminación directa y reaccionar ante las dificultades prácticas con que ésta topaba. No es, como la discriminación directa un concepto que se contente con perseguir la igualdad formal.

Su naturaleza híbrida[322] integra aspectos formales y materiales. No es un ejemplo de justicia correctiva, pero tampoco lo es de justicia distributiva estrictamente. Pretende proteger al colectivo discriminado y, al mismo tiempo, al individuo miembro de dicho colectivo.

En el fondo, las dificultades que plantea catalogar la figura de la discriminación indirecta no son más que un reflejo de la complejidad del fenómeno de la discriminación, a la que DAGMAR SCHIEK alude:

> "Los intentos de clasificación resultan poco convincentes, pues la lógica del derecho de antidiscriminación no obedece a los cómodos dualismos que resultan tan familiares al discurso jurídico. La protección jurídica frente a la discriminación puede asignarse a como mínimo tres metas: la protección de la

[322] MORRIS (1995), *Oxford Journal of Legal Studies 15*, p. 199; SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 63.

> individualidad y autonomía personal frente a la adscripción de la pertenencia al grupo (No discriminación como derecho individual), el afán por conseguir la igualdad independientemente de tal pertenencia al grupo (No discriminación como derecho a la igualdad), la protección frente a la asimilación a las normas de "grupos" dominantes (No discriminación como derecho colectivo)[323]."

aa) La discriminación indirecta y la incorporación de elementos materiales

El concepto de discriminación indirecta se aparta del de discriminación directa en que, mientras el segundo se agota en la garantía de una igualdad formal, el primero apunta a la igualdad material. Tan sólo prohibir aquellas conductas que suponen un trato formalmente discriminatorio supone permitir toda una serie de actuaciones que redundan en una discriminación efectiva. Supone partir de una situación de partida equivalente, que es irreal.

La cuestión es exactamente la misma a la que hacía alusión cuando en el primer capítulo describía la evolución en los ordenamientos jurídicos del concepto de libertad formal al de libertad material. La garantía de la libertad formal lleva tan sólo a decisiones libres, cuando la voluntad expresada es una voluntad libre. No hace falta intervención correctiva por parte del Estado cuando lo que efectivamente hay, ya se corresponde con el ideal que se persigue.

---

[323] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 69: *"Diese Einordnungsversuche sind wenig überzeugend, da die Logik des Antidiskriminierungsrechts nicht den bequemen Dualismen gehorcht, die dem rechtswissenschaftlichen Diskurs so vertraut sind. Rechtlicher Diskriminierungsschutz kann – wie bereits gezeigt – mindestens drei Zieldimensionen zugeordnet werden: Dem Schutz der Individualität und persönlichen Autonomie gegenüber der Askription von Gruppenzugehörigkeit (Nichtdiskriminierung als individuelles Recht), dem Streben nach Egalität unabhängig von solcher askribierter Gruppenzugehörigkeit (Nichtdiskriminierung als Recht auf Egalität), dem Schutz vor Assimilierung an die Normen der dominanter "Gruppen" (Nichtdiskriminierung als gruppenbezogenes Recht)."*

Bastará con dar un trato igual cuando ese trato recae sobre una situación de igualdad. Si la situación de partida es de desigualdad, tratar igual, supondrá mantener ese *status quo* desigual.

Al tener en cuenta el impacto que una decisión aparentemente no discriminatoria produce en las mujeres o en personas de una determinada etnia, la discriminación indirecta está atenta a la realidad social. Sin embargo, ésta no abandona el plano de la igualdad formal. La incorporación de elementos materiales se produce desde el concepto de la igualdad formal. La condición para que pueda considerarse que se da una discriminación indirecta es que el discriminador adopte un criterio, que aplicará para decidir emplear o no a alguien, pagarle más o menos, atribuirle una ventaja o no hacerlo. Se da un trato desigual, formalmente desigual, no expresamente desigual respecto del sexo, pero en la práctica desigual respecto del sexo. Lo que motiva la prohibición sigue entonces siendo la desigualdad de trato.

Se configura así la discriminación indirecta como una combinación de aspectos de justicia formal y material y se integra por tanto en una evolución de mayor trascendencia consistente en el paso de un Estado mayoritariamente liberal a un Estado social.

bb) La discriminación indirecta y el ideal de "justicia participativa"

En el capítulo dedicado al derecho a no ser discriminado como derecho fundamental he tratado de presentar la discusión que ha tenido lugar sobre todo en la doctrina alemana, sobre la posibilidad de considerar la prohibición de discriminación como un mandato de protección.

En ese contexto, la dificultad principal consistía en que las conductas discriminatorias no siempre reproducían la estructura de una injerencia por parte del discriminador en los derechos de la víctima, sino que a veces consistían en la negativa a prestar. El problema radicaba aquí en que

mientras que la prohibición de los comportamientos discriminatorios del primer tipo tan sólo exigían del discriminador que se abstuviera de dañar a otros, la prohibición del segundo tipo de discriminaciones suponía imponer una actuación positiva al discriminador. Mientras que la prohibición de dañar a otros tiene cabida en una concepción liberal del Estado, la imposición a unos ciudadanos de realizar prestaciones en favor de otros ya no es compatible con un Estado de mínimos, sino que exige de un ideal de Estado social. El primero de los supuestos obedece al esquema de justicia correctiva y el segundo al de justicia distributiva.

(1) La discriminación indirecta y el ideal de justicia correctiva

La discriminación indirecta no reproduce íntegramente ninguno de ambos esquemas, sino que aglutina elementos de justicia correctiva y distributiva. Esto la diferencia de la figura de la discriminación directa que, si se parte de un concepto amplio de injerencia, puede ser considerada como un supuesto de causación de un daño a un tercero. Su prohibición se llevaría a cabo en aplicación del principio de justicia correctiva. En esa línea argumentaban todos aquellos autores que defendían la naturaleza de mandato de protección de la prohibición de discriminación y en especial GABRIELE BRITZ, cuando sostenía que excluir a alguien por razón de su sexo o raza no implicaba tan sólo negarle una prestación sino que conllevaba necesariamente una injerencia en los intereses de éste[324]. Bastaría diferenciar en función del sexo o etnia del sujeto en cuestión, a efectos de dar un trato más desfavorable, para que se produjera una exclusión y por tanto un daño.

En tanto que en la discriminación indirecta no se produce ningún tipo de alusión expresa al sexo u origen étnico del afectado no es posible reconducir la figura a una injerencia, ni siquiera entendiendo ésta como exclusión.

[324] BRITZ (2004), *VVDStRL*, p. 349.

(2) La discriminación indirecta y el ideal de justicia redistributiva

La discriminación indirecta se ha leído pues en la otra clave, entendiendo que ésta persigue la finalidad de la redistribución. JOHN GARDNER[325] ha presentado los argumentos aportados en favor de esta lectura del siguiente modo:

Para empezar ha asumido que, de lo que se trata, es de compensar la situación de desventaja comparativa de unos colectivos sociales respecto de otros. La evidencia de la incapacidad estadísticamente comprobable de ciertos colectivos para cumplir con los requisitos exigidos por el discriminador pone de relieve que los colectivos se encuentran en posiciones distintas para competir por ciertas oportunidades.

La posibilidad de justificar la diferencia de impacto, puede interpretarse como otro indicador de que no está en juego la producción de un daño, sino que se persigue una finalidad redistributiva. El objetivo de la redistribución debe ser ponderado con otros intereses, que los ciudadanos están legitimados también a perseguir.

JOHN GARDNER tiene razón al afirmar que la discriminación indirecta reúne características que no encajan en la concepción del derecho de daños, de la justicia correctiva. Esto no implica para mí que deban encajar directamente en la idea de la redistribución. Es cierto que al prohibir que la distribución de los bienes se decida en función de requisitos que benefician a un colectivo determinado a priori, se interviene en la distribución. Pero eso no significa necesariamente que se vaya a redistribuir.

[325] GARDNER (1989), *Oxford Journal of Legal Studies 9*, pp. 4, 5.

(3) La discriminación indirecta y el ideal de "justicia participativa"

La discriminación indirecta abre la posibilidad de discutir sobre los requisitos realmente importantes y los que no lo son. Los colectivos que no reúnen las condiciones que han determinado la participación en el reparto de los bienes sociales, pueden cuestionar la toma de decisiones. Aparece así una posibilidad de diálogo, que no es necesariamente característica de la redistribución.

Otra diferencia que aleja la discriminación indirecta de la redistribución y, en este caso, la acerca al esquema de la justicia correctiva es su estructura bilateral, que proporciona a la víctima de la discriminación un derecho que puede ejercitarse tan sólo contra un individuo concreto y no contra toda la comunidad encarnada en el Estado[326].

Sin embargo, si en la justicia correctiva de lo que se trata es de compensar un daño causado, en los casos de discriminación indirecta no se trata de eso exactamente. Hacer responder a un individuo concreto de una situación, que atañe a un colectivo, hacer "pagar" a un individuo por algo que le ha venido dado, claramente excede lo que puede considerarse justo desde la perspectiva del derecho de daños. Sí es justo, sin embargo, exigir al individuo que sea consciente del punto de vista de los miembros de otros grupos que forman parte de la comunidad en que se integra. En la medida en que toma sus propias decisiones, debe ser capaz de darse cuenta de la repercusión de dichas decisiones en los demás, en las mujeres, en las personas de otras etnias.

Debe *corregirse* la forma de *distribución* de los bienes en una comunidad, para garantizar en ella la *participación* activa de todos sus miembros: La discriminación indirecta vive así del legado de la justicia correctiva y distributiva, tendiendo al ideal de la justicia participativa.

---

[326] MORRIS (1995), *Oxford Journal of Legal Studies 15*, p. 210.

cc) La discriminación indirecta y la adopción del punto de vista colectivo

En la discriminación directa, el sujeto protegido es tan sólo la víctima, que es objeto de un trato desfavorable. El presupuesto de hecho de la discriminación indirecta está construido sobre la base del colectivo, sobre el impacto distinto que una medida tiene en un colectivo determinado. La observación del efecto que un requisito produce en un grupo sirve fundamentalmente a dos fines: permite cuestionar la objetividad de los criterios adoptados y reconocer la pertenencia a un colectivo evitando la perpetuación en él.

(1) Cuestionar la objetividad de los requisitos para acceder a ciertos lugares evitando la asimilación

El que una decisión tenga un impacto negativo sobre el colectivo de las mujeres es un indicio de que éstas no han participado en la toma de dicha decisión. Los criterios han sido fijados por los hombres, sin contar con las mujeres. No se ha dado voz a las mujeres cuando se trataba de definir lo bueno, lo necesario, lo imprescindible. ¿Por qué pagar proporcionalmente mejor el trabajo a tiempo completo que el trabajo a tiempo parcial? La discriminación indirecta abre la posibilidad de dudar de si realmente la diferencia en la remuneración se debe a que el trabajo a tiempo completo vale más o sencillamente a que es la forma de trabajo preferida por los hombres. Se cuestiona así la objetividad de los criterios de selección de trabajadores, que podrían explicarse no tanto porque sean un indicador de calidad sino por ser características que reúnen mayoritariamente los miembros del colectivo dominante. Desvincular la idea de lo bueno de los elementos definitorios de un género, es positivo, porque pone freno a la asimilación a la cultura del grupo históricamente mejor posicionado.

(2) Reconocimiento de la pertenencia a un colectivo evitando la perpetuación en él

Pero el intento de no caer en la asimilación podría llevar al otro extremo, a la perpetuación de la pertenencia al grupo como algo inamovible. Ahí radica justamente la paradoja del derecho de la antidiscriminación, como protección de la diferencia. En palabras de MARTHA MINOW:

> "Llamo a esto el "dilema de la diferencia". El estigma de la diferencia puede ser recreado tanto ignorándolo como centrándose en él. Decisiones sobre la educación, el empleo, beneficios y oportunidades en sociedad no deberían tomarse en base a la etnia, discapacidad, raza, género, religión o calidad de miembro de otro grupo, respecto del cual algunos tengan actitudes despreciativas u hostiles. Sin embargo, negarse a reconocer esas diferencias puede contribuir a que éstas sigan importando en un mundo construido por unos grupos y no otros. […] El dilema de la diferencia puede plantearse como una elección entre integración o separación, como una elección entre tratar de forma similar y tratar de forma especial, o como la elección entre la neutralidad y la acomodación[327]."

Dar voz a las mujeres parece presuponer que todas tendrán lo mismo que decir, que estarán de acuerdo en la mayor parte de cosas y querrán lo mismo.

La discriminación indirecta no cae en ese error, la sensibilidad respecto del colectivo sirve tan sólo para valorar las posibilidades reales de un individuo concreto para obtener algo. Ésta es una forma sutil de reconocer la

---

[327] MINOW (1990), *Making all the difference*, pp. 20, 21*: "I call this the "dilemma of difference". The stigma of difference may be recreated both by ignoring and by focusing on it. Decisions about education, employment, benefits and other opportunities in society should not turn on an individual's ethnicity, disability, race, gender, religion, or membership in any other group about which some have deprecating or hostile attitudes. Yet refusing to acknowledge these differences may make them continue to matter in a world constructed with some groups, but not others, in mind. […] The dilemma of difference may be posed as a choice between integration and separation, as a choice between similar treatment and special treatment, or as a choice between neutrality and accommodation".*

pertenencia a un colectivo, sin condenar al individuo a permanecer en él.

El caso *Dothard v. Rawlinson* (433 U.S. 321) ilustra muy bien a qué me refiero. La demandante que solicitaba un trabajo que requería contacto con los presos en un correccional de Alabama, pretendía realizar una tarea tradicionalmente asignada a los hombres. Pretendía hacer lo mismo que éstos pero de otra forma, puesto que no reunía los atributos físicos que le hubieran permitido adoptar la misma forma de proceder. Y en ese cometido la apoya la figura de la discriminación indirecta, que parte de la exclusión de ciertos ámbitos a los que las mujeres han sido condenadas por ser mujeres, para remover los obstáculos que impiden su inclusión.

> "La protección frente a la discriminación debe, desde esta perspectiva, respetar la pertenencia de los individuos a los grupos elegidos por ellos y posibilitar también un cambio en esa pertenencia. De eso forma parte la libertad de definir nuevas identidades y grupos y resolver conflictos entre distintas adscripciones (p. e. "origen étnico" y sexo) mediante nuevas identidades, expresado de otra forma: Satisfacer la necesidad individual de comunidad en grupos móviles y osmóticos. Una condición importante de ello es la posibilidad de las personas, a las que adscribe la pertenencia a un grupo discriminado, de vivir elementos de una cultura contraria a la cultura dominante en su "mundo de la vida" (privado) [328]."

[328] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 47: *"[Diskriminierungsschutz] muss sowohl die Zugehörigkeit der Individuen zu selbst gewählten Gruppen respektieren als auch den Wechsel einer Zugehörigkeit ermöglichen. Dazu gehört die Freiheit, neue Identitäten und Gruppen zu definieren und Konflikte zwischen verschiedenen Askriptionen (z. B. „ethnischer Ursprung" und Geschlecht) durch neue Identitäten zu lösen; anders ausgedrückt: Das individuelle Bedürfnis nach Gemeinschaft in beweglichen und osmotischen Gruppen zu befriedigen. Eine wichtige Voraussetzung dafür ist die Möglichkeit für Personen, denen die Zugehörigkeit zu einer diskriminierten Gruppen askribiert wird, in ihrer (privaten) Lebenswelt Elemente einer Gegenkultur zur Dominanzkultur zu leben.*"

dd) La discriminación indirecta, ¿una forma de discriminación positiva?

Una posible lectura de la discriminación indirecta consiste en verla como una forma de discriminación positiva. Al prohibir la adopción de medidas que sin diferenciar por razón de sexo, tienen consecuencias cualitativa- o cuantitativamente distintas en hombres y mujeres, la Directiva perseguiría como fin último la equiparación real y efectiva de ambos sexos[329].

(1) Similitudes entre la discriminación indirecta y la discriminación positiva

La discriminación indirecta y la positiva presentan similitudes que llevan a considerar que ambas figuras comparten los rasgos definitorios básicos.

Para empezar, las dos tienen en cuenta los efectos discriminatorios que produce una medida o decisión formalmente ajustada a derecho. Suponen abandonar la convicción de que basta con la garantía de la igualdad formal, que es neutral respecto de estructuras económicas y sociales, para apuntar a la consecución de la igualdad material, que tiene en cuenta las consecuencias fácticas de una conducta a efectos de determinar la legalidad de ésta[330].

Además ambas figuras tienen en cuenta la pertenencia del individuo a un grupo, a un colectivo determinado como algo a lo que hay que dar respuesta. La discriminación indirecta y la positiva integran el hecho de que en el derecho de la antidiscriminación no se trata tan sólo de una forma de relación entre individuos, sino también de colectivos entre sí.

La discriminación positiva, en mayor medida que la indirecta, que parte de un planteamiento un poco distinto, es una forma

[329] Discute la idea de la equiparación en el derecho laboral: FASTRICH (2000), *RdA,* p. 65; KOCHER (2002), *RdA*, p. 167.

[330] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 69.

de reacción ante la diferente posición social de los colectivos[331].

(2) Diferencias entre la discriminación indirecta y la discriminación positiva

A pesar de las semejanzas apuntadas entre la discriminación positiva y la indirecta, existen también diferencias importantes entre ambas, que permiten superar ciertas críticas que tradicionalmente se han hecho a las medidas de acción afirmativa.

La discriminación indirecta se queda un paso más acá de lo que lo hacen las medidas de discriminación positiva. Éstas consisten en dar un trato menos favorable a un miembro de un colectivo tradicionalmente favorecido que el que se da a un miembro del colectivo desfavorecido, a fin de compensar una situación de desigualdad histórica. La acción afirmativa supone una renuncia a la justicia individual en favor de la justicia colectiva[332]. La discriminación indirecta no consiste en dar un trato desigual, de lo que se trata es de garantizar que un trato formalmente igual sea también materialmente igual. Esta diferencia es importante porque blinda a la discriminación indirecta frente a las posibles críticas que ponen en duda la legitimidad de una decisión que asume no hacer justicia a un individuo concreto.

---

[331] MORRIS (1995), *Oxford Journal of Legal Studies 15*, p. 202: *"[The individual justice model] was the sole or dominant theory of anti-discrimination law until the mid-1970s, when dissatisfaction with its limitations began to develop. Writers argued, for instance, that it fails to account for the effects of history and for the deep institutional nature of discrimination and to "take [ ] full [ ] account of social reality. From these criticisms emerged a generally opposing set of ideas, called by FALLON and WEILER the model of group justice. Its animating notion is to "protect and advance the interests of historically disadvantaged groups, especially blacks"*

[332] Véase MORRIS (1995), *Oxford Journal of Legal Studies 15*, pp. 201, 202, que habla de dos modelos del derecho de antidiscriminación, el basado en la búsqueda de la justicia individual y el que persigue la justicia de grupo o colectiva.

La figura de la discriminación indirecta no está presuponiendo, como lo hace la de la discriminación positiva un juicio de valor. Esta última define una determinada situación como de inferioridad histórica y persigue la orientación del colectivo perjudicado en pos de formas de vida del grupo dominante. Esto puede comportar el peligro de dejar desprotegidas a las víctimas de la discriminación frente a la tendencia a la asimilación. Dicha asimilación puede ser forzada o voluntaria, pero incluso en este último supuesto puede deberse a la tentación de convertir lo diferente en igual sin cuestionar el respeto a la diferencia. La discriminación indirecta, por el contrario, no encuentra su justificación última en una injusticia previa que habría que compensar. Se justifica en una injusticia, entendida como desventaja, actual, que no se explica. La discriminación indirecta requiere tan sólo de que dos colectivos se hallen en una situación de partida distinta, que se convierte en peor por ser objeto de un trato menos favorable.

Esto puede ilustrarse mediante el caso del trabajo a tiempo parcial, el hecho de trabajar sólo media jornada, no es necesariamente indicativo de una situación de inferioridad social. Aunque es cierto que el que trabaja menos horas cobra menos, también es cierto que el que trabaja menos dedica el resto del tiempo a otras cosas, tal vez al cuidado de la familia. Lo que convierte una situación de partida sencillamente distinta en la decisión del empresario de pagar proporcionalmente menos a los trabajadores a tiempo parcial. Lo que evidencia esta diferencia que estoy apuntando es que la decisión del empresario de pagar peor a los trabajadores a tiempo completo podría ser igualmente considerada una discriminación indirecta, pero en este caso de los hombres respecto de las mujeres.

IV. La prueba de la discriminación

1. La dificultad de la prueba de la discriminación

Una de las dificultades prácticas más importantes que entraña el fenómeno de la discriminación radica justamente en determinar que el trato menos favorable obedece realmente al sexo u origen étnico de la víctima de la discriminación.

Es evidente que alguien es objeto de un trato menos favorable por reunir un atributo determinado si el cocontratante excluye de antemano de un proceso de selección a todas aquellas personas que presenten dicho atributo, como sucedía en el asunto *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997, As. 180/95).

Algo igualmente claro sucedía en un caso, resuelto por el Tribunal Territorial Superior (*Oberlandesgericht*) de Frankfurt el 8.1.1985[333], en el que el propietario de un restaurante colgó en la puerta de su local un cartel con la siguiente inscripción:: "Vedada la entrada a turcos". El cartel evidenciaba que el trato menos favorable consistente en negar el acceso al local era debido a la raza u origen étnico de determinados clientes.

Otro ejemplo de discriminaciones en las que la relación de causalidad existente entre el trato desfavorable y el atributo es innegable son aquellos contratos de seguros en los que la cuantía de las primas está en función del sexo o la raza o condición de extranjero del asegurado[334].

Hay, sin embargo, muchísimos otros supuestos en que el presunto discriminador no articula a qué responde la diferencia de trato, con lo que identificar una conducta como discriminatoria resulta más difícil[335]. ¿Está el arrendador, que

[333] OLG Frankfurt,), *NJW 1985*, p. 1720.
[334] BOESCHE (2005), *EuZW,* p. 266.
[335] BOESCHE (2005), *EuZW,* p. 266.

pudiendo elegir entre distintos interesados, decide no alquilar una vivienda a una pareja de inmigrantes, discriminando? Lo mismo ocurre con el dueño de una discoteca que invocando su derecho de admisión niega el acceso a algunos clientes, entre ellos, a una persona de etnia negra.

2. La respuesta a la dificultad probatoria: La discriminación indirecta y la inversión de la carga de la prueba

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE intentan dar respuesta a esa dificultad de dos formas, mediante la figura de la discriminación indirecta y con la previsión de una inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima de la discriminación.

Resulta prácticamente imposible separar, en sus orígenes, ambos instrumentos, pues el Tribunal de Justicia los desarrolló paralelamente sin distinguirlos. Formaban parte ambas de una estrategia jurisprudencial para poner freno a las dificultades probatorias a que se enfrentaban las víctimas de conductas discriminatorias, que llevaban a que muchas de las acciones promovidas fracasaran.

a) La discriminación indirecta como facilidad probatoria

La discriminación indirecta además de enriquecer el derecho de la antidiscriminación con elementos de protección de colectivos, cumple la función de facilitar la prueba de la discriminación. Mientras que, para que se cumpla el supuesto de hecho de la discriminación directa, deberá quedar probado que la diferencia de trato se debe al sexo u origen étnico de la víctima, en el caso de la discriminación indirecta bastará con demostrar que dichas características "forman parte de la cadena de sucesos que culminaron en las razones del empresario para actuar[336]."

[336] EVAN (2004), *Berkeley journal of employment & labour law*, p. 26.

La diferencia clave entre ambas figuras consistiría así en la forma en que éstas tratan la causalidad. Ambas intentan de demostrar que el sexo u origen étnico del afectado ha sido causa del trato menos ventajosa, pero para ello toman vías distintas. La discriminación directa se concentra en la prueba de la concurrencia de un elemento subjetivo, el conocimiento del discriminador. La discriminación indirecta cumple dicho cometido sacando a la luz que la práctica empresarial objeto de estudio tiene un efecto negativo en el colectivo del que la víctima forma parte

Esta lectura de la discriminación indirecta es la que hacía el juez POWELL en el caso *Connecticut v. Teal* (457 U.S. 440), resuelto por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos el 21 de junio de 1982.

> Los demandantes eran los trabajadores afroamericanos de una agencia estatal del Estado Connecticut, que fueron provisionalmente ascendidos a supervisores. Para logar un puesto definitivo debían participar en un proceso de selección que les exigía en un primer momento la superación de un examen escrito. Al examen se presentaron 48 candidatos afroamericanos y 259 caucasianos. Sólo un 50 % de los candidatos afroamericanos frente a un 68 % de los candidatos caucasianos superó la prueba escrita. Sin embargo, de acuerdo con el resultado final del proceso de selección en su conjunto, un 22,9 % de los candidatos afroamericanos aprobó frente a un 13,5 % de los candidatos caucasianos. Los demandantes afroamericanos que suspendieron la primera fase del proceso de selección, interpusieron una demanda contra el Estado de Connecticut ante la Corte del Distrito Federal (*Federal District Court*) alegando la violación del Título VII de la Ley de los derechos civiles (*Civil Rights Act*) de 1964: la exigencia de superar un test escrito, perjudicaba desproporcionadamente a los trabajadores afroamericanos y no estaba relacionado con la tarea a realizar. Los demandados alegaron el resultado final del proceso de selección, que era más favorable para los afroamericanos que para los caucasianos, como defensa. La Corte del Distrito desestimó la demanda, al entender que el resultado final excluía la violación del Título VII de la Ley de los Derechos Civiles. El Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) dio lugar al recurso de apelación por considerar que *prima facie* se daba un caso de "*disparate impact*". El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos (*U.S. Supreme Court*) dio lugar al recurso y cuestionó la legitimidad de una teoría de la defensa basada en el resultado final *("bottom line" theory of defense*). Dicha teoría

> supondría que el acto de discriminación en una decisión de ascenso no daría lugar a la responsabilidad del empleador por la discriminación sufrida por los trabajadores no ascendidos, si el resultado del proceso de promoción fuera equilibrado teniendo en cuenta el origen racial.

El juez POWELL formuló un voto particular *(dissenting opinion)*, al que se adhirieron el Presidente de la Corte *(Chief Justice)* y los jueces REHNQUIST y O'CONNOR en el que sostuvo lo siguiente:

> "La Corte enfatiza que algunos negros individuales fueron eliminados por el impacto dispar del test preliminar. Pero este argumento confunde el objetivo del Título VII con teorías legales a través de las que trató de revindicarse este objetivo. Es cierto que el objetivo del Título VII es proteger a individuos, no a grupos. Pero avanzando en este encomiable objetivo, la jurisprudencia sobre el Título VII ha reconocido **dos métodos distintos de prueba**. En una serie de casos —aquellos que implican la prueba directa de la intención discriminatoria—el demandante trata de establecer la discriminación intencional y directa contra él. **En casos de impacto dispar, por el contrario, el demandante trata de aportar la carga de la prueba por la vía de la inferencia, mostrando que el proceso de selección de un empleador resulta en el rechazo de un número desproporcionado de miembros de un grupo protegido, al que el propio demandante pertenece.** De tal demostración, puede inferirse que el candidato rechazado, como miembro del grupo desproporcionadamente excluido, fue él mismo víctima de tal proceso"[337].

---

[337] *Connecticut v. Teal* (457 U.S. 440 [1982]): *"[The Court] emphasizes that some individual blacks were eliminated by the disparate impact of the preliminary test. But this argument confuses the aim of Title VII with the legal theories through which its aims were intended to be vindicated. It is true that the aim of Title VII is to protect individuals, not groups. But in advancing this commendable objective, Title VII jurisprudence has recognized* ***two distinct methods of proof.*** *In one set of cases —those involving direct proof of discriminatory intent— the plaintiff seeks to establish direct, intentional discrimination against him. In that type of case, the individual is at the forefront throughout the entire presentation of evidence.* ***In disparate impact cases, by contrast, the plaintiff seeks to carry his burden of proof by way of*** **inference*, by showing that an employer's selection process results in the rejection of a disproportionate number of members of a protected group to which he belongs.*** *From such a showing, a fair inference then may be*

De acuerdo con estas afirmaciones, la discriminación directa e indirecta, no eran acciones separadas; sino más bien métodos distintos que perseguían el mismo objetivo, probar que había tenido lugar una conducta discriminatoria[338]. Éstas "fueron desarrolladas como teorías legislativas o métodos de prueba por aplicadores del derecho y jueces, de una forma muy similar a la que evolucionaron los principios del *common law* sobre la evidencia probatoria[339]."

b) La inversión de la carga de la prueba

La Directiva 2004/113/CE en su art. 9 prevé una inversión de la carga de la prueba:

> "Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato aduzca, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato."

El art. 9 de la Directiva 2004/113/CE es una disposición cuya naturaleza no está clara. Ni es una presunción legal, pues en el caso de la presunción legal no necesitan probarse los hechos o actos que están favorecidos por ésta, ni es una inversión de la carga de la prueba. Es más bien una combinación de ambas figuras.

La norma se estructura de la forma siguiente:

En un primer momento, el demandante debe convencer al juez de que existe una elevada probabilidad de que haya

---

drawn that the rejected applicant, as a member of that disproportionately excluded group, was himself a victim of that process."

[338] EVAN (2004), *Berkeley journal of employment & labour law*, p. 12, 13.

[339] EVAN (2004), *Berkeley journal of employment & labour law*, p. 13.

tenido lugar una conducta discriminatoria[340]. O dicho en palabras del propio Tribunal de Justicia, el demandante deberá probar que existe una apariencia de discriminación[341].

En un segundo momento entra en juego la presunción, que tiene como consecuencia que, en tanto que se asume que ha existido discriminación, sea el demandado el que deba probar que ésta no se ha dado.

Esa estructura trata de encontrar un equilibrio entre los intereses de ambas partes teniendo en cuenta la disponibilidad probatoria de cada una de ellas y el principio procesal de igualdad de partes. La exigencia de que el demandante deba probar la apariencia de discriminación ayuda a evitar posibles abusos por parte de éste. La consiguiente inversión de la carga de la prueba da respuesta a las dificultades probatorias con las que se ve enfrentada la parte actora, que carece de la información relevante y suficiente[342] sobre los motivos del discriminador.

aa) La prueba de la apariencia de discriminación por parte del demandante

¿Qué hechos deberá probar la parte actora?

Para determinar el alcance concreto de las facilidades probatorias concedidas a la parte actora es necesario distinguir entre los dos supuestos básicos de discriminación previstos por las Directivas. En tanto que los elementos del supuesto de hecho son distintos en el caso de la

---

[340] DAMMAN (2005), *Die Grenzen zulässiger Diskriminierung,* p. 316.

[341] *Enderby* (STJCE, 27.10.1993, apartado 18): "En efecto, si la presentación de elementos de prueba que permiten poner de manifiesto una discriminación aparente no tuviera por efecto imponer al empleador la carga de la prueba de que, en realidad, la diferencia de retribución no es discriminatoria, los trabajadores se verían privados de la posibilidad de invocar el respeto del principio de igualdad de retribución ante el órgano jurisdiccional nacional".

[342] BEZZENBERGER (1996), *AcP*, 309; STORK (2006), *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union*, p. 309.

discriminación directa e indirecta, los hechos que debe probar el demandante, para que tenga éxito su acción, son también diferentes.

(1) La prueba de la discriminación directa

En el caso de la discriminación directa, la víctima de la discriminación tendrá que probar que se ha dado un trato menos favorable y deberá aportar indicios de que éste obedece a su sexo u origen étnico.

No será difícil convencer al juez de que la diferencia de trato es discriminatoria, cuando el demandado haya articulado su motivación. De no ser así, la presunta víctima de la discriminación podría recurrir a comentarios peyorativos hechos por el demandado[343] o a comportamientos del pasado, como la negativa repetida a contratar con determinadas personas[344]:

> EVA KOCHER considera que podrá entenderse que existen indicios suficientes de una discriminación, si se niega la contratación de un trabajador negro, después de que durante años sólo hayan sido contratadas personas blancas. Pone de ejemplo del *"Moulin Rouge*" de París en el que mientras en la cocina sólo trabajan personas de origen racial negro, sólo hay camareros blancos.

En el asunto *Centrum loor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding c. Firma Feryn NV.* (STJCE de 10.7.2008, As. 54/07) el TJCE consideró que "Las declaraciones mediante las que un empleador da a conocer públicamente que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial pueden ser uno de esos hechos aptos para basar la presunción de una política de contratación discriminatoria".

---

[343] SCHIEK/KOCHER (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 22, Rn. 21; GROBYS (2006), *NZA*, p. 902;

[344] SCHIEK/KOCHER (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 22, Rn. 30; STORK (2006), *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union*; p. 315.

La víctima de la discriminación podrá también poner de manifiesto una conducta discriminatoria mediante los test de situación (*testing*)[345].

Dicho recurso consiste en confrontar al demandado con situaciones en las que, mediante la elección que realice, traicione sus preferencias a favor de mujeres u hombres respectivamente.

El test de situación se lleva a cabo constituyendo dos grupos de individuos, distinguiendo entre mujeres y hombres. Es conveniente que, en lo que hace referencia a otras características, que puedan ser de relevancia a efectos de seleccionar un candidato como puede ser la solvencia, los componentes de los dos grupos se parezcan. No es necesario, sin embargo que los dos grupos sean idénticos en lo que se refiere a esos otros elementos.

> Un ejemplo de test de situación es aquel al que hace alusión KATELL BERTHOU[346], que tuvo en cuenta la Asamblea Francesa al considerar la necesidad de prohibir la discriminación por nombre. En dicho supuesto, para probar que la negativa de una entidad bancaria a contratar a un candidato llamado *Raoul Lachhab* se debía a su origen, se envió una solicitud muy similar bajo el nombre *Thierry Meyer*, que obtuvo respuesta, invitando al candidato a una entrevista.

La admisibilidad de este tipo de prueba es cuestionable debido al riesgo de provocación que éste comporta[347]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido al respecto que aunque el hecho de introducir ante un individuo a una persona con una identidad ficticia con la única finalidad de sorprenderle actuando de forma ilegal no atenta contra el derecho a la vida privada, debe garantizarse que los agentes infiltrados no contribuyan a hacer que se produzca la

---

[345] THÜSING (2007*), Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, 257, Rn. 652; BAUER/GÖPFERT/KRIEGER(2007), *AGG Kommentar,* § 22, Rn. 11.

[346] BERTHOU (2003), *IJCLLIR*, 123.

[347] DE SCHUTTER, http://www.era.int/web/en/resources/5_1095_3384_file_en.4884.pdf, 8;

infracción. La intervención debe consistir en una observación puramente pasiva de la actividad discriminatoria[348].

(2) La prueba de la discriminación indirecta

En el supuesto de la discriminación indirecta, que consta exclusivamente de elementos objetivos, la parte actora deberá probar la situación de desventaja en que la sitúa una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros.

Para poner de manifiesto la diferencia de impacto de una determinada medida el demandante podrá hacer uso de datos estadísticos.

(2.1) Prueba estadística: descripción del procedimiento

La prueba mediante estadísticas de la diferencia de impacto se ha llevado a cabo para probar el efecto discriminatorio de medidas adoptadas en el marco de una relación laboral.

Dicha prueba requiere de la formación de dos grupos de comparación. Existen dos estrategias posibles que pueden seguirse al formar dichos grupos. Pueden formarse, o bien distinguiendo según el criterio aparentemente neutral, elegido por la disposición cuestionada, p. e. el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial, o bien según el criterio prohibido, p. e. hombre o mujer[349].

---

[348] El TEDH se ha pronunciado a este respecto en el asunto *Lüdi c. Schwitzerland* (STEDH, 15.06.1992, Ar. 1992/51, apartado 36): "En opinión de la Comisión, las escuchas telefónicas no vulneraron el Convenio. Sin embargo, la intervención de un agente infiltrado cambió el carácter pasivo de la medida al añadir a dichas escuchas una dimensión especial: las palabras escuchadas fueron provocadas por la relación que mantenía Toni con el sospechoso. En consecuencia, se trataba de una injerencia en la vida privada del señor Lüdi, que apeló una justificación diferente de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 8. Por último, la actividad del señor Toni no tenía una base legal suficiente con arreglo a los textos en vigor."

[349] BAUER/GÖPFERT/KRIEGER (2007), *AGG,* § 3, Rdn. 24.

Así, en el primer caso se compararía el número de mujeres en el grupo de los trabajadores a tiempo parcial con el número de hombres. En el segundo se trataría de confrontar el número de trabajadoras a tiempo parcial entre las mujeres con el número de trabajadores a media jornada entre el colectivo de los hombres.

El Tribunal de Justicia, que ha aplicado ambas formas, parece decantarse por llevar a cabo una comparación entre el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial en el grupo de las mujeres y en el de los hombres.

> STEFAN PLÖTSCHER lleva a cabo un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y concluye que, a efectos de evitar errores en situaciones estadísticas límite, lo más adecuado es combinar ambos puntos de vista. Llega de este modo a la conclusión que una regulación del trabajo a tiempo parcial equivaldrá a una discriminación por razón de sexo, si el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial entre las mujeres y el porcentaje de mujeres entre los trabajadores a tiempo parcial es especialmente alto[350].

El Tribunal de Justicia ha insistido en la necesidad de que los grupos de comparación fueran lo suficientemente grandes como para descartar la posibilidad de que los datos fuesen expresión de fenómenos meramente fortuitos. Las palabras textuales del Tribunal de Justicia rezaban: "Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si se pueden tomar en consideración los mencionados datos estadísticos, es decir, si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos[351]."

---

[350] PLÖTSCHER (2003*), Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht,* pp. 235-238.

[351] *Enderby* (STJCE de 27.10.1993, As. 127/92, apartado 17).

(2.2) ¿Es extrapolable esta forma de prueba a la discriminación en el acceso a bienes y servicios?

La aplicación de la prueba mediante estadísticas a la discriminación en el acceso a bienes y servicios plantea problemas de adaptabilidad.

Para empezar esta forma de prueba parece tener tan sólo sentido en decisiones que afectan a un número elevado de personas, en decisiones empresariales. Las medidas adoptadas por un una entidad bancaria, por una compañía de seguros, sí podrían tal vez ser cuestionadas a partir de datos estadísticos porque forman parte de una práctica empresarial constante.

Pero la discriminación en el acceso a bienes o servicios no consiste tan sólo en prácticas llevadas a cabo por grandes empresas, sino que abarca también decisiones adoptadas por establecimientos más pequeños como una discoteca o incluso las decisiones individuales discriminatorias, tomadas por parte de particulares no profesionales.

En estos casos existe una incompatibilidad conceptual entre el caso concreto y la idea de una estadística. Ésta pretende inferir de la relación que se establece entre un número de casos suficiente, una conclusión que no permitiría inferir el análisis de un supuesto individual. Sin embargo, la víctima individual de una conducta discriminatoria puntual no podrá aportar una información sobre la repetición, que exige la estadística.

Una posibilidad de hacer frente a esa dificultad sería la aportación por parte del demandante de estadísticas más generales referentes, por ejemplo, a los porcentajes de mujeres o personas de un determinado origen étnico en un sector. Dichos datos son más fáciles de obtener. Aunque dichas estadísticas no se refieran a una medida concreta o un proceso de selección determinado, debieran ser suficientes para invertir la carga de la prueba.

Es ésta una forma de solución que no puede cambiar algo que es consecuencia del carácter colectivo de la discriminación indirecta. En tanto que protege a colectivos, parece también que requiera de una afectación real de suficientes miembros de dicho colectivo y de una organización de éstos. En el caso de una medida laboral parece factible que todas las mujeres empleadas por la empresa actúen conjuntamente, puedan organizarse y entre todas puedan lograr que el juez alcance una determinada convicción.

Existe una relación innegable entre la figura de la discriminación indirecta y las acciones de clase, que ponen de manifiesto las afirmaciones de MELISSA HART[352] y de MICHAEL A. STEIN y MICHAEL E. WATERSTONE[353].

También el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, en un asunto de 5 de junio de 1989, *Antonio v. Wards Cove Packing Co*. (490 U.S. 642), puso de relieve que, por lo general, la acción ejercitada como reacción a una discriminación indirecta suele llevarse a cabo por el colectivo afectado en forma de una acción de clase[354].

---

[352] HART (2004), *Akron Law Review 37*, p. 813: "*For more than 30 years, employment discrimination cases have typified the sort of civil rights action that courts and commentators describe as uniquely suited to resolution by class action litigation. As the Supreme Court recognized in 1977, "suits alleging racial or ethnic discrimination are often by their nature class suits, involving classwide wrongs*."

[353] STEIN/ WATERSTONE (2006), *Duke Law Journal 56*, p. 911: "*"Because disparate impact law is dependant on asserting statistical group-wide disparities ("no/very few people who resemble me/us have been granted employment opportunities by the defendant") it cannot be theoretically conceived of as atomistic. Even when brought by a lone claimant, disparate impact cases must be understood in terms of questioning larger structured relationships that affect a broader number of individuals and that in turn challenge those hierarchies"*

[354] *Antonio v. Wards Cove Packing Co*. (490 U.S. 642 [1989]): *"Although the disparate impact theory is ordinarily asserted in class actions, an individual claimant may seek relief under such a theory as well."*

Es posible que, en los supuestos de discriminación en el acceso a bienes y servicios, en que la víctima no tendrá tantas facilidades para organizarse como colectivo afectado por la medida, como las tiene en una organización empresarial, en que tiene contacto directo con las otras víctimas, la utilidad de este tipo de medios de prueba no sea tanta.

bb) La inversión de la carga de la prueba y la defensa por parte del demandado

Si la parte actora consigue que el juez alcance la convicción de que es probable que se haya producido una discriminación, corresponderá a la parte demandada probar la ausencia de violación de las disposiciones para la protección frente a discriminaciones o su justificación.

El demandado puede o bien tratar de probar que la diferencia de trato es debida no al sexo del afectado sino a otra razón distinta, o bien que dicha diferencia, a pesar de haber sido motivada por el sexo del demandante está justificada. No será suficiente que el demandado aporte una contraprueba, es decir que no bastará con que éste demuestre la imposibilidad de la prueba principal practicada por la otra parte, introduciendo en el ánimo del juez la duda acerca de la veracidad de los hechos alegados y probados por ésta. Deberá aportar una prueba principal.

En el asunto *Centrum loor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding c. Firma Feryn NV.* (STJCE de 10.7.2008, As. 54/07) el Tribunal de Justicia entendió que el empleador que había sostenido públicamente que no iba a emplear a trabajadores de un determinado origen racial o étnico, “podía aportar la prueba de que no había vulnerado el principio de igualdad de trato demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones.”

V. El ámbito de aplicación objetivo de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

1. Introducción al ámbito de aplicación objetivo de las Directiva 2000/43/CE y 2004/113/CE

Uno de los aspectos más controvertidos de las Directivas que van a ser objeto de estudio en este trabajo es su ámbito de aplicación. Mientras que el concepto de discriminación directa e indirecta, la regulación de la prueba y las consecuencias jurídicas de la discriminación, que son los otros pilares en que se apoya la regulación, son figuras que el derecho comunitario lleva perfilando ya desde hace años la cuestión de qué relaciones están sujetas a la prohibición de discriminación va a ser más difícil de resolver.

Las Directivas definen su ámbito de aplicación del siguiente modo:

> Art. 3: "Dentro de los límites de los poderes conferidos a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, tanto en lo relativo al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en ese contexto[355]."

Lo que va a determinar pues, que la Directiva se aplique a ciertas relaciones contractuales, son las tres características siguientes: La disponibilidad para el público de ciertos bienes o servicios, el que la persona concreta del cocontratante sea irrelevante para el que ofrece dichos bienes o servicios y que éstos que se oferten fuera del ámbito de la vida privada y familiar.

---

[355] Directiva 2004/113/CE. Ver también: Art. 3.1. h) de la Directiva 2000/43/CE: "Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda."

a) Irrelevancia de la naturaleza pública o privada del oferente

Como la Directiva pone de manifiesto de forma expresa, a efectos de determinar el sometimiento a no al principio de no-discriminación, es irrelevante la naturaleza privada o pública del oferente. Las Directivas abandonan la idea clásica de que es la relación de subordinación existente entre los sujetos lo que determina que a uno de ellos se le imponga el deber de respetar ciertos derechos del otro. Esto supone una novedad importante respecto de las anteriores Directivas en la materia. Pues aunque éstas ya se apartaban de la distinción entre los sujetos de derecho público o privado, al someter a la prohibición de discriminación al empresario, en las relaciones de derecho laboral sigue dándose, aunque en menor medida, una relación de subordinación: El trabajador está sujeto a las instrucciones del empresario. Mientras que entre el oferente de un bien o servicio y el adquirente de éste no se da relación de dependencia alguna.

b) Irrelevancia de un posible desequilibrio negocial entre el oferente y el adquirente

Cabría preguntarse si lo que ha motivado al legislador europeo a limitar la libertad que regía esas relaciones ha sido una relación de desigualdad existente entre el oferente y el adquirente del bien. La adopción de distintas Directivas de protección de los consumidores frente al empresario muestra que el legislador comunitario no es ajeno a los problemas que plantea la desigualdad de información. Pero no se trata tampoco de compensar una forma de desigualdad de fuerzas: El adquirente al que protegen las Directivas no es consumidor en sentido estricto, no tiene que ser destinatario final. No podremos, por tanto, interpretar las Directivas como la respuesta a un caso de desequilibrio negocial (*Ungleichgewichtslage)*, como el que se daba en aquellos dos casos famosos resueltos por el Tribunal Constitucional Alemán: el caso del representante de comercio

(*Handelsvertreterentscheidung*)[356] y el de la fianza *(Bürgschaftsentscheidung)*[357].

Tampoco se da dependencia del adquirente respecto del oferente, por tener éste último una posición monopolística o dominante en el mercado. En la determinación de las relaciones que quedarán sometidas a la obligación de no-discriminación no jugará rol alguno el hecho de que la víctima de la discriminación tenga o no alternativas, pueda adquirir el bien o contratar el servicio a la competencia.

La idea de las Directivas es otra y no enlaza directamente con ninguno de esos planteamientos, ni continúa en ninguna de estas líneas de limitación de la autonomía privada, que tienen en común que parten de una situación de desequilibrio real, de poder, económico o de información entre dos sujetos. Se trata de evitar que un trato distinto de situaciones de partida iguales, ponga en situación de inferioridad a personas con unos atributos concretos como son el sexo o el origen étnico. Se trata de prevenir frente a un desequilibrio y no de combatirlo.

c) Importancia del ámbito de actuación: el espacio público por contraposición al espacio puramente privado

La finalidad de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE es ambiciosa, pues busca garantizar a todos el acceso a bienes y servicios en condiciones de igualdad. La protección frente a la discriminación ya no es un principio de aplicación excepcional en las relaciones entre particulares, que responde a una situación excepcional. El trato no discriminatorio debe convertirse en la norma también en las relaciones entre particulares. Lo que deberá justificarse será más bien la no-aplicación del principio de igualdad, que

[356] BVerfGE 81, p. 242. Ver el capítulo primero de este trabajo, apartado II. 3. a. y apartado III. 2. a.

[357] BVerfGE 89, p. 214. Ver el capítulo primero de este trabajo, apartado III. 2. a.

tendrá su razón de ser en la protección del ámbito de la vida privada y familiar del oferente.

Se produce un cambio de perspectiva que FLORIAN STORK[358] ilustra muy bien al definir el ámbito de aplicación como la esfera cuasi-pública, adoptando la terminología de los derechos de protección de la intimidad. Deberemos pensar ya en otros términos, no en términos de desequilibrio negocial sino de protección de la intimidad del que quiere discriminar.

Se tratará de distinguir entre dos esferas dentro del sector privado: "una relacionada con el acceso a bienes y servicios de interés público, socialmente relevantes, y otra que comprende las actividades propiamente privadas, carentes de esa proyección pública[359]."

El propio legislador europeo lo pone de manifiesto cuando, en la exposición de motivos, afirma que "La Directiva no se aplica a las transacciones que se lleven a cabo en un marco puramente privado".

Y concreta,

> "De acuerdo con ello, el concepto de bienes y servicios disponibles para el público puede englobar:
> - el acceso a locales en los que se permite la entrada al público;
> - todos los tipos de vivienda, incluida la de alquiler y el alojamiento en hoteles;
> - servicios como los bancarios, de seguros y otros servicios financieros;
> - el transporte, y
> - los servicios de cualquier profesión u oficio."

[358] SCHÖBENER/ STORK (2004) *ZEuS*, p. 72.

[359] En palabras de BILBAO UBILLOS (2006), *Teoría y Realidad Constitucional*, p. 156.

2. Acceso a establecimientos abiertos al público

a) Discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público

El legislador europeo empieza su enumeración con un caso típico de discriminación en las relaciones entre particulares, que es la que tiene lugar en el acceso a establecimientos abiertos al público. Ésta consiste en negar a ciertas personas la entrada a un local invocando el derecho de admisión.

Tanto en el ordenamiento alemán, como en el español podemos encontrar pronunciamientos jurisprudenciales que resolvían casos en que se daban estas prácticas a las que pretenden poner freno las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE.

> Un caso de discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público es el de la sentencia dictada por el OLG Frankfurt el 8.1.1985, en la que el propietario de un restaurante colgó en la puerta de su local un cartel con la siguiente inscripción: "Vedada la entrada a turcos". El Juzgado de 1ª Instancia (*Amtsgericht*) y la Audiencia Provincial *(Landgericht*) condenaron al acusado por el delito de instigación al odio previsto en el § 130 del Código penal alemán (*Strafgesetzbuch*). El acusado recurrió ante el Tribunal Territorial de (*Oberlandesgericht*) de Frankfurt y éste estimó parcialmente el recurso[360].

Supuestos similares se han dado en España, dónde los Tribunales han aplicado el tipo del art. 512 CP[361] para condenar la denegación discriminatoria de una prestación en establecimientos abiertos al público.

---

[360] OLG Frankfurt, 8.1.1985, *NJW 1985*, p. 1720.

[361] Art. 512 CP: "Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años."

El caso de la STS, 2ª, 29.9.1998 (RJ 1998/6467; MP: José Jiménez Villarejo) en la que el dueño de un concesionario de coches se negó a atender a una persona de raza negra, diciéndole: "yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros". La Audiencia Provincial de Murcia condenó al autor por un delito de denegación discriminatoria de una prestación (art. 512 CP) a una pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión. El TS desestimó el recurso de casación.

b) Valoración de la prohibición de discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público

Sobre la necesidad de prohibir conductas discriminatorias en el acceso a establecimientos abiertos al público existe un relativo consenso en la doctrina[362]. Esto se debe a que estas prácticas, a diferencia de otros casos de discriminación en los que sólo está en juego la igualdad, suelen conllevar un atentado al honor de la víctima de la discriminación:

[362] REY MARTÍNEZ (2003), *Revista de Derecho Político*, p. 82, afirma, refiriéndose a la sentencia STS, 2ª, 29.9.1998 (RJ 1998/6467; MP: Jiménez Villarejo): "[Esta decisión] no plantea mayores dificultades interpretativas. El problema es, más bien, la escasez de Sentencias en relación con conductas sancionables que (cabe suponer) se cometen habitualmente. […] el derecho de admisión no puede amparar, a nuestro juicio, una política sistemática de discriminación racial por parte de establecimientos abiertos al público. " BILBAO UBILLOS (2006), *Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, p. 829: "[…] A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo con un club o sociedad recreativa privada, existe una implicación, una responsabilidad de la Administración que impide la caracterización de estos establecimientos regentados por particulares como espacios estrictamente privados, aunque no exista una situación de monopolio o una posición dominante en el mercado". CARRASCO PERERA (1991), *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, pp. 14, 15: "De la misma forma que existe alguna diferencia entre el caso de cobrar en una discoteca a las chicas la mitad que a los hombres y aquél otro de cobrar en la misma discoteca a los blancos la mitad que a los negros. […] Obsérvese que la diferencia de trato que merezcan los dos últimos ejemplos citados no puede ser referida al art. 14 CE, que en este punto no permite hallar un criterio distintivo, sino a la cláusula de las buenas costumbres, cuya integración debe efectuarse a través de juicios de valor no reconducibles a la prohibición de discriminación de la referida norma constitucional."

> "El que rechaza a un huésped, por una de las características de las que hablamos, en unos grandes almacenes explícitamente abiertos a todo el mundo, el que dota su establecimiento de la poco hospitalaria indicación, que los extranjeros no tienen acceso a él, no respeta un estándar ético-social mínimo. […] La negativa a contratar en grandes almacenes y locales constituye el caso más clarificador de una discriminación intolerable."[363]

> "El caso más patente es el del acceso a locales públicos, por cuanto la apertura de un establecimiento al público implica una renuncia expresa a seleccionar la clientela sobre bases individuales, aún cuando no quepa afirmar que hay ya obligación de contratar por el mero hecho de la apertura. Lo que hace vejatoria la negativa es "que todo el mundo sabe" que en principio, se acepta contratar con cualquiera, por lo que la negativa no justificada sólo puede ser interpretada como un acto de desprecio o minusvaloración, justamente la finalidad perseguida por el discriminador[364]."

El que la discriminación y el trato vejatorio se solapen, en estos supuestos concretos, ha llevado incluso a aquellos autores críticos con la aplicación de la prohibición de discriminación al acceso a bienes y servicios a mostrarse partidarios de la ilegalidad de dicha conducta. Pero, como aclara JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL: "Lo que sucede es que el riesgo de tratamiento vejatorio al que hemos aludido se actualiza especialmente en la relación con la negativa a contratar discriminatoria […], por la especial conexión que el derecho a la igualdad tiene con la dignidad humana, pero esto no significa que una negativa a contratar sea ilícita por ser discriminatoria[365]."

---

[363] PICKER (2004), *Karlsruher Forum 2004,* p. 30: *"Wer im explizit für jedermann eröffneten Kaufhaus einen Besucher wegen der in Rede stehenden Eigenschaften zurückweist, wer sein Gasthaus mit dem wenig gastlichen Hinweis versieht, Ausländer hätten keinen Zutritt, hält eien sozialethischen Mindeststandards nicht ein." "Die Vertragsverweigerung in Kauf- oder Gasthaus bildet damit den erhellendsten Anschaungsfall einer intolerablen Diskriminierung*."

[364] ALFARO ÁGUILA-REAL (1993), *ADC,* p. 119.

[365] ALFARO ÁGUILA-REAL (1993), *ADC,* p. 114.

Así, concurren en estos supuestos todos aquellos elementos considerados determinantes de la eficacia interprivada de la prohibición de discriminación:

Para empezar, el que las discriminaciones que se dan en el acceso a locales estén frecuentemente motivadas por el origen étnico del potencial huésped. La exclusión de alguien debido a su origen racial o étnico está considerada especialmente odiosa[366], más que otro tipo de discriminaciones como la motivada por el sexo de la víctima.

Estas conductas discriminatorias son observables[367], pueden tener trascendencia social[368], influyen en masa en ciertos colectivos[369], suelen explicarse por la aversión del discriminador y carecen de fundamento racional.

En lo que afecta al acceso a locales, deberemos distinguir entre las discriminaciones por razón de origen racial y de sexo. Como muestran las Directivas, mientras que las discriminaciones raciales no son admisibles en ningún caso, ciertas diferencias por razón de sexo en el acceso a locales sí deben estar permitidas:

> "Algunos bienes o servicios van destinados específicamente a hombres o a mujeres (como los horarios exclusivos en una piscina, o determinados clubes privados). En otros casos, la misma actividad se practica de modo distinto según los clientes sean hombres o mujeres.

---

[366] REY MARTÍNEZ (2003), *Revista de Derecho Político*, p. 68: "la discriminación racial es la más odiosa de todas [...]"; BEZZENBERGER (1996), *AcP,* p. 433: "Las discriminaciones por origen, raza o nacionalidad atentan contra el orden público, no sólo en atención a las condiciones especiales o cambiantes del caso, sino por principio*." "Nicht nur unter besonderen und wechselnden Umständen des Einzelfalls, sondern grundsätzlich verstossen Diskriminierungen nach Abstammung, Rasse oder Staatsangehörigkeit gegen die Sittenordnung"*.

[367] ALFARO ÁGUILA-REAL (1993), *ADC*, p. 118: "Una tercera circunstancia que favorece la afirmación del carácter vejatorio de la negativa de contratar consiste en el carácter *observable* de la discriminación. La razón se encuentra en que sólo en el caso de que la discriminación sea observable, pública, puede producir el efecto deseado por el discriminador mediante la vejación del miembro del grupo social."

[368] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1990), *ADC*, pp. 424, 425.

[369] ALONSO GARCÍA (1983), *RAP*, p. 91.

> La Directiva no interferiría con tales diferencias, en las cuales los hombres y las mujeres no se encuentran en una situación comparable. Para evitar interpretaciones inadecuadas de la prohibición de discriminación, este artículo deja claro que la Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando se basan en bienes o servicios destinados específicamente a hombres, a mujeres, o a actividades que se practican de modo distinto con hombres y con mujeres."

La Directiva 2004/113/CE explica esa diferencia apelando al concepto de discriminación. Dos personas que pertenecen a sexos distintos difieren más la una de la otra – pensemos en las diferencias biológicas- que dos con orígenes raciales diferentes. En muchos casos, hombres y mujeres, no se hallarán en la situación de partida comparable, que está presuponiendo el concepto de discriminación.

3. Acceso a la vivienda

a) Discriminación en el acceso a la vivienda

Otro ámbito al que se aplicará la prohibición de discriminación es el acceso a la vivienda**,** en el que, como muestran ciertos estudios empíricos, las conductas discriminatorias por parte de los arrendadores están muy extendidas.

aa) Discriminación por origen étnico en el acceso a la vivienda

(1) Datos de discriminación por origen étnico en el acceso a la vivienda en los Estados Unidos

El Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos *(US Department of Housing and Urban Development)* elaboró, en el año 2000, el Estudio sobre Discriminación en la Vivienda (*Housing Discrimination Study*). Los resultados de dicho informe se basan en 4.600 test llevados a cabo en 23 áreas metropolitanas.

De acuerdo con dicho estudio, el 21 % de los solicitantes afroamericanos recibían un trato discriminatorio en el acceso al alquiler de una vivienda. Asimismo un 21,5 % de los potenciales arrendatarios de origen asiático y un 25,7 % de los hispanos se enfrentaban a un comportamiento discriminatorio.

Cuando de lo que se trataba era de la compra de una vivienda, un 17 % de los compradores afroamericanos, un 20,4 % de los compradores de origen asiático y un 19,7 % de los compradores hispanos eran discriminados.

Las conductas discriminatorias consistían fundamentalmente en que a las víctimas se les decía que los pisos no estaban disponibles cuando sí lo estaban para los arrendatarios o compradores blancos y en que los agentes inmobiliarios no informaban a dichos colectivos del mismo número de viviendas disponibles que a los blancos.

(2) Datos de discriminación por origen étnico en el acceso a la vivienda en los Estados de la Unión Europea

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea realizó, durante el año 2008, la primera encuesta a escala comunitaria sobre la discriminación de las minorías étnicas en el territorio de la Unión. Para la elaboración del informe fueron entrevistadas 23.500 personas de minorías étnicas que habitaban en los 27 Estados miembros. A efectos de comparar resultados, se consultó además a 5.000 miembros del grupo étnico mayoritario, que vivían en las mismas áreas que dichas minorías. Aunque la totalidad de los datos no ha sido publicada todavía, sí lo han sido aquellos que afectan a la población musulmana y a la romaní.

El estudio ponía de relieve que un 29% de los norteafricanos en Italia, un 13 % en España y un 12% de africanos subsaharianos en Finlandia fueron discriminados por agentes

inmobiliarios o arrendadores, durante los doce meses anteriores a la realización de la encuesta.

La encuesta arrojaba los siguientes resultados en términos de porcentaje de miembros de la etnia romaní que fueron discriminados en el acceso a la vivienda, a lo largo del año que precedió al estudio: 13 % en la República Checa; 20 % en Grecia; 16 % en Hungría; 10 % en Polonia; 3 % en Rumanía; 10 % en Eslovaquia.

(3) Datos de discriminación por origen étnico en el acceso a la vivienda en España

También el Observatorio Permanente de Inmigración hacía alusión a las especiales dificultades de los inmigrantes para acceder a una vivienda en alquiler en España. El informe apuntaba entre otras causas a "la desconfianza y reticencias de los empresarios" que "se expresan en términos de temor al mal uso y deterioro de la vivienda, a tener problemas con los vecinos, a la desvalorización del inmueble si la zona llega a ser catalogada socialmente como "de inmigrantes", etc. Estas preocupaciones de los propietarios se traducen en dos actitudes principales: unos rechazan directamente alquilar a inmigrantes mientras otros lo hacen pero aplicando un sobreprecio que compense los riesgos."[370]

bb) Discriminación por sexo en el acceso a la vivienda

Aunque no está tan extendida como la discriminación por origen étnico, también en el acceso a la vivienda se dan discriminaciones por razón de sexo.

Un estudio llevado a cabo en el año 1985 por GEORGE GALSTER y PETER CONSTANTINE en la ciudad de Wooster del Estado de Ohio, ponía de manifiesto algo que hasta ese momento había sido expresado tan sólo como una intuición:

[370] 7º Documento del Observatorio Permanente de Inmigración, p. 81.

la existencia estadísticamente significativa de conductas discriminatorias en el arrendamiento de vivienda contra mujeres solteras (*female-headed households)*, especialmente si éstas tenían hijos a su cargo[371]. Dichas discriminaciones no se justificaban por la peor situación económica de las mujeres, pues tenían lugar con anterioridad a que éstas pudieran probar que podían hacer frente a la obligación que suponía el alquiler de la vivienda.

A un resultado similar pero respecto del acceso a la vivienda en propiedad llegaba JUDITH K. ROBINSON usando datos del estudio realizado en 1992 por la Reserva Federal de Boston (*Boston Federal Reserve Study)*, que ha sido considerado el estudio más exhaustivo y fidedigno del mercado hipotecario. En tanto que a las mujeres solteras se les daba un trato menos favorable que a los hombres en el mercado hipotecario, éstas no podían acceder a viviendas de su propiedad[372].

b) Valoración de la prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda

Hasta ahora, la facultad del arrendador o vendedor de elegir al arrendatario o comprador de una vivienda quedaba má omenos amparada por la libertad contractual que en este tipo de contratos no se limitaba[373]. La prohibición de discriminación que imponen las Directivas en este ámbito cambia algo relevante y ha sido bastante criticada por cierto sector de la doctrina[374].

---

[371] GALSTER/ CONSTANTINE (1991), *Review of Social Economy 49*, p. 88.

[372] ROBINSON (2002), *Feminist Economics 9,* p. 63.

[373] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 181.

[374] A modo de ejemplo PICKER (2004), *Karlsruher Forum 2004*, p. 63 que bajo la rúbrica *"Miet- und Arbeitsrechtsfälle als repräsentative Fälle"* afirma: *"Beide Gruppen repräsentieren damit nicht nicht die derzeit meistdiskutierten Bereiche. Beide berühren darüber hinaus auch in besonderer Intensität existentielle Belange der "Diskriminanten" wie der "Diskriminierten". Sie machen folglich den Interessenkonflikt und mit ihm die individuale Freiheits- wie die überindividuale Gerechtigkeitsproblematik besonders sinnfällig deutlich."*

Algo que explicaría esa reacción, no sólo doctrinal[375] es que estos contratos se sitúan en la línea divisoria entre las relaciones sometidas a la prohibición y aquellas que no lo están, por dos razones.

La primera porque es discutible que en el caso de la vivienda, tal como ésta suele ofertarse, se trate de un bien "disponible para el público, con independencia de la persona de que se trate". Aunque el que quiere vender o arrendar una vivienda hace pública su oferta con la finalidad de ampliar lo máximo posible el círculo de destinatarios de su declaración de voluntad, está claro que no le es indiferente la persona del cocontratante. La importancia de la otra parte contractual viene determinada por las características del contrato de arrendamiento, que es una relación contractual de larga duración, que proporciona al arrendatario gran influencia sobre un bien propiedad del arrendador. Pero el legislador dice expresamente que la vivienda quedará dentro del ámbito de aplicación. El mero hecho de que se trate de un contrato en el que la relación de confianza entre las partes es importante, no basta para excluirlo de la prohibición de discriminación. El caso concreto de la vivienda, nos permite determinar el alcance de la exigencia de que el bien se oferte con "independencia de la persona de que se trate". Este requisito parece que debe interpretarse de forma laxa.

La segunda razón por la que la prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda plantea problemas es porque ésta es el núcleo en que se desarrolla la vida privada y familiar, cuya protección las Directivas fijan como límite a la prohibición de discriminación. La Comisión en la Propuesta de Directiva 113/2004/ dice al respecto que,

> "La Directiva no se aplica a las transacciones que se lleven a cabo en un marco puramente privado, como, por ejemplo, el

[375] Como veremos más delante, el legislador alemán ha introducido también ciertas correcciones en la regulación del acceso a la vivienda.

> alquiler de una vivienda de vacaciones a un miembro de la familia, o el de una habitación en una casa particular[376].

Parece que las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE sólo protegen la vivienda propia en sentido estricto. El arrendador, que alquila un piso en el mismo inmueble en el que vive, no parece que pueda apelar a su intimidad, para evitar quedar sometido a la prohibición de discriminación.

Lo que ha sido decisivo para el legislador europeo al prohibir discriminaciones en el acceso a la vivienda es la idea de que ésta es un bien esencial para la vida ordinaria de los ciudadanos. No tener acceso a ella supone claramente una exclusión social.

> De hecho, la importancia que tiene para, por ejemplo, los ciudadanos extranjeros disponer de una vivienda, lo pone de relieve la exigencia por parte del derecho europeo de que el solicitante de reagrupación familiar aporte la prueba de que dispone de una vivienda considerada normal para la familia y que cumpla con las normas generales de seguridad y salubridad[377].

[376] COM (2003), 657, p. 10.

[377] LÓPEZ LÓPEZ (2006), "Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad", en: LÓPEZ LÓPEZ (dir.) *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes,* p. 45.

4. Discriminación en la contratación de seguros

Como he explicado extensamente en el apartado que he dedicado al *risk rating*, las diferencias de trato por razón del sexo o etnia del asegurado son una práctica habitual en la contratación de seguros, ya sean éstos seguros de vida, seguros de asistencia médica o seguros obligatorios de automóviles. Las formas que adoptan las diferencias de trato son básicamente dos: Las negativas a contratar o la contratación en condiciones diferentes según el sexo u origen étnico del tomador del seguro.

Las discriminaciones que supongan una negativa a contratar quedan prohibidas por las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE. Estas conductas afectan sobre todo a la contratación de seguros de automóviles por personas de otras etnias, a las que dichas prácticas discriminatorias vedarían el acceso a esos productos[378].

Cuando la diferencia de trato consista en una diferencia de primas, es decir en que las primas exigidas a hombres y mujeres o personas de una etnia u otra sean distintas, habrá que distinguir entre aquellos supuestos en que la diferencia se basa en la etnia del asegurado y aquellos en los que la diferenciación tiene lugar en función del sexo del tomador del seguro.

No cabrá en ningún caso fijar primas distintas para personas de distintos orígenes étnicos. La Directiva 2000/43/CE sólo prevé la posibilidad de justificar un trato desfavorable debido al origen racial de alguien en el caso de la adopción de acciones afirmativas.

Respecto de las diferencias de primas en base al sexo del asegurado, la Directiva 2004/113/CE impone además un régimen diferenciado: En su artículo 5.3 prohíbe que los costes relacionados con la maternidad o el embarazo den lugar a que las mujeres paguen primas más elevadas que los

[378] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit,* p. 240.

hombres. Sin embargo, la Directiva 2004/113/CE, en su art. 5.2, permite que los Estados miembros autoricen "diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos". Habrá que estar entonces, para conocer la situación legal exacta que afecta a la diferencia de primas por razón de sexo, a la transposición que los Estados hayan hecho de la Directiva 2004/113/CE.

5. Contratación bancaria y el acceso al crédito

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE tratan también de poner freno a las conductas discriminatorias[379] que tienen lugar en la contratación bancaria[380].

En este ámbito se dan discriminaciones por razón de sexo y de origen étnico, directas e indirectas, que adoptan bien la forma de negativas a contratar o de la contratación en peores condiciones. Trataré de ilustrar las conductas que las Directivas buscan prohibir a través de algunos ejemplos.

a) Discriminaciones por razón de sexo en el acceso al crédito

A las discriminaciones por razón de sexo en la contratación bancaria se refería la Comisión Nacional de Financiación de Consumidores *(National Commission on Consumer Finance)*[381] que identificó trece prácticas discriminatorias que afectaban a las mujeres en Estados Unidos:

> *(1) Single women have more trouble than single men in obtaining credit.*
> *(2) Creditors generally require a woman upon marriage to reapply for credit, usually in her husband's name.*
> *(3) Creditors are unwilling to extend credit to a married woman in her own name.*
> *(4) Creditors are often unwilling to consider the wife's income when a married couple applies for credit.*
> *(5) Women who are separated have a particularly difficult time, since the accounts may still be in the husband's name.*

[379] Como muestra BILBAO UBILLOS (2006), *Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, p. 824, cuando la discriminación obedece a un patrón de conducta generalizado, ésta se da en prácticamente todos los servicios, incluidos los servicios bancarios.

[380] Aunque la Directiva habla también de "servicios como los bancarios, de seguros y otros servicios financieros", en los mercados de capitales, las discriminaciones por razón de origen racial o sexo no tienen prácticamente ninguna importancia: BACHMANN (2006), *ZHR*, p. 163.

[381] MATHESON (1984), *Harvard Journal on Legislation 21,* p. 398.

> *(6) Creditors arbitrarily refuse to consider alimony and child support as a valid source of income when such source is subject to validation.*
> *(7) Creditors apply stricter standards to married applicants where the wife rather than husband is the primary supporter for the family.*
> *(8) Creditors request or use information concerning birth control practices in evaluating a credit application.*
> *(9) Creditors request or use information concerning the creditworthiness of a spouse where an otherwise creditworthy married person applies for credit as an individual.*
> *(10) Creditors refuse to issue separate accounts to married persons where each would be creditworthy if unmarried.*
> *(11) Creditors consider as "dependents" spouses who are employed and not actually dependent on the applicant.*
> *(12) Creditors use credit scoring systems that apply different values depending on sex or marital status.*
> *(13) Creditors alter an individual's credit rating on the basis of the credit rating of the spouse.*

De forma menos sistemática, la Comisión hacía también alusión expresa en la Propuesta de Directiva a algunas prácticas discriminatorias por razón de sexo en ese sector:

> "Por ejemplo, negarle un contrato de hipoteca a una embarazada, no permitir que el apellido de la mujer anteceda al del marido en cuentas de titularidad compartida (con la discriminación resultante en cuanto al derecho a ventajas como la opción de compra o venta de acciones, con frecuencia restringidas al miembro que figura en primer lugar); negarle un crédito a quien trabaja a tiempo parcial (discriminación indirecta, a la luz de la jurisprudencia del TJCE, pues la mayor parte de quienes trabajan a tiempo parcial son mujeres); exigirle a una mujer que alguien la avale para un crédito, mientras que a un hombre en situación crediticia similar no se le pediría tal aval."

Un buen ejemplo de este tipo de conductas discriminatorias es el caso de la sentencia *Miller v. American Express Company* (688 F.2d 1235), resuelto el 4 de marzo de 1982, en el que el Tribunal de Apelación del 9º Circuito consideró que la decisión de *American Express Company* de cancelar la cuenta corriente de la demandante tras la muerte de su esposo, atentaba contra la prohibición de discriminación por razón de sexo. El Tribunal sostuvo que un cambio en el estado civil de una persona no podía conducir a la resolución del contrato de crédito.

b) Discriminación por origen étnico en el acceso al crédito

aa) Políticas discrecionales de fijación de precios

Una práctica adoptada en la concesión de créditos al consumo, que plantea problemas desde la óptica de la discriminación, es aquella consistente en fijar los intereses que el consumidor deberá pagar de forma relativamente discrecional.

Un ejemplo de prácticas discrecionales de fijación de precios son las prácticas adoptadas en la financiación de la compra de automóviles. En este ámbito, las entidades de crédito y el concesionario procedían de la siguiente forma: Ante la solicitud de crédito por parte del potencial comprador, el concesionario recopilaba la información crediticia del cliente y la enviaba a la entidad bancaria para que ésta hiciera una oferta. Ésta hacía una propuesta al concesionario, permitiéndole que aumentara el tipo de interés. Si el cliente estaba dispuesto a contratar en tales condiciones, la entidad bancaria pagaba una comisión al vendedor del coche[382].

Este fenómeno se planteaba en la acción de clase *Coleman v. General Motors Acceptance Corporation* (296 F3d 443) resuelto por el Tribunal de Apelación del 5º Distrito, el 22 de julio de 2002, en la que los demandantes denunciaban que al conceder crédito a los compradores de automóviles *General Motors* sumaba un margen de utilidad al interés fijado por la entidad de crédito, que tenía el resultado de que los consumidores afroamericanos e hispanos pagaran intereses más altos que los consumidores blancos. Este litigio terminó con un acuerdo avalado por el Tribunal del Distrito de Tennesse el 29.3.2004, en el que *General Motors* se comprometía a conceder a 1.250.000 solicitantes hispanos y afroamericanos créditos sin margen de utilidad y a informar a

[382] AYRES (2007), *Californian Law Review 95*, pp. 693-694.

los consumidores sobre la adopción de esa política discrecional.

En el asunto *Taylor v. Accredited Home Lenders* (580 F.Supp.2d 1062) resuelto por el Tribunal del Distrito de California, Distrito del Sur, el 19 de septiembre de 2008, estaba en juego una política de fijación de precios discrecional que tenía un impacto negativo sobre aquellos interesados en contratar hipotecas de origen afroamericano.

Como pone de relieve IAN AYRES, estas políticas de fijación de precios tienen un impacto negativo sobre las minorías étnicas[383]. Por un lado, porque los miembros de estos colectivos suelen tener un nivel de renta, que les hace depender de la concesión de créditos al consumo para poder comprar ciertos bienes. Por otro, porque todas aquellas prácticas que dejan un margen de discrecionalidad al concedente de crédito pueden ser capturadas por la aversión del que adopta la decisión sobre la concesión.

bb) Credit Scoring

En la contratación bancaria también puede observarse un fenómeno equivalente al *risk rating* en la contratación de seguros, el llamado *credit scoring*. El *credit scoring* es uno de los métodos utilizados por las entidades bancarias para determinar la solvencia de sus potenciales clientes. Partiendo de datos estadísticos sobre aquellos factores que han resultado determinantes de la solvencia de los tomadores de crédito, se asigna a cada factor un valor numérico. La decisión sobre si se concede el crédito y, en qué condiciones, dependerá de la puntuación total que el cliente obtenga.

Han sido considerados criterios a tener en cuenta a efectos de determinar la solvencia de los solicitantes de financiación, la estabilidad laboral o duración en un determinado empleo,

[383] AYRES (2007), *Californian Law Review 95*, pp. 692-701.

el historial crediticio, la permanencia en un domicilio, el número de hijos, la zona de residencia.

Todos estos factores penalizan a las minorías étnicas y a las mujeres, que no suelen reunir las características exigidas. La cuestión es entonces determinar si y en qué medida este impacto negativo se debe al hecho de que estos colectivos son menos solventes o a una determinada inercia en la fijación de los criterios decisivos.

Condicionar la concesión de un crédito a que el cliente pueda demostrar su estabilidad laboral perjudica a los miembros de minorías étnicas, que están empleados frecuentemente en sectores en los que priman los contratos temporales. Esto no implica necesariamente que el trabajador no pueda garantizar una estabilidad en sus ingresos, porque es el funcionamiento de ese mercado de trabajo el que le obliga a encadenar un contrato temporal tras otro.

También, tener en cuenta la historia crediticia del potencial tomador de crédito puede tener efectos discriminatorios. La historia de crédito suele basarse en aspectos como el pago puntual de las cuotas de una hipoteca o de otros créditos bancarios. Los solicitantes de financiación que no hayan podido acceder a créditos hipotecarios no podrán demostrar que han cumplido ordenadamente con sus obligaciones. Ampliar los factores que se tienen en cuenta al establecer un historial crediticio incluyendo en éste extremos como el pago del alquiler o de los servicios básicos, daría la posibilidad a los miembros de ciertos colectivos de demostrar su solvencia.

Respecto de los cambios de domicilio, DAGMAR SCHIEK pone de relieve que, mientras que los cambios de domicilio en el caso de los miembros de la mayoría étnica sí pueden ser indicativos de inestabilidad económica, en el caso de las minorías étnicas la modificación del lugar de residencia puede obedecer a un ascenso social[384].

[384] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit,* p. 271.

El número de hijos del solicitante de crédito puede tener también un significado diferente según éste pertenezca a una minoría o a la mayoría étnica. Mientras que en el caso de la mayoría étnica los hijos son una fuente de gastos y por tanto disminuyen la solvencia, tal vez en los casos de minorías étnicas suceda lo contrario.

En el asunto *Cherry v. Amoco Oil Company* (490 F. Supp. 1026), resuelto por el Tribunal del Distrito de Georgia, Distrito del Norte, División de Atlanta de 11 de junio de 1980 se analizaron los posibles efectos discriminatorios de un sistema de *credit scoring*. Los hechos que dieron lugar a la sentencia fue la denegación de crédito a la demandante -residente en una zona habitada predominantemente por ciudadanos afro-americanos- en base al código postal de su vivienda. El Tribunal del Distrito consideró que la demandante no logró probar que la zona estaba habitada mayoritariamente por familias afroamericanas. Sin embargo, el Tribunal admitió la posibilidad de considerar indirectamente discriminatoria la práctica de tomar en consideración el código postal a efectos de decidir sobre la concesión de un crédito.

c) Valoración de la prohibición de discriminación en la contratación bancaria

La prohibición de aquellas conductas discriminatorias en la contratación bancaria, que son reflejo de la atribución de unos determinados roles a mujeres y hombres no plantea mayores problemas.

Prácticas como la fijación variable del precio y las condiciones de los créditos al consumo, debido al impacto negativo que tienen en los miembros de determinadas etnias, podrán ser consideradas indirectamente discriminatorias, si no están objetivamente justificadas. La prohibición de estas prácticas comerciales es positiva porque fomenta que las decisiones sobre la concesión de crédito se adopten de forma más transparente.

El método del *credit scoring* supone una ventaja innegable respecto de otras formas de evaluación de la solvencia del potencial cliente, de acuerdo con las cuales la decisión la adopta un empleado de la entidad bancaria, que puede ser fácilmente capturado por la aversión hacia ciertos colectivos.

Sin embargo el problema que plantea el *credit scoring* es que su aplicación suele poner en una situación comparativamente peor a las mujeres y a los miembros de minorías étnicas[385], que no suelen reunir las características de las que se hace depender la concesión del crédito.

Someter este tipo de prácticas a la prohibición de la discriminación indirecta supone, exigir de las entidades de crédito que revisen los criterios que utilizan y que garanticen que éstos son realmente indicativos de la solvencia de todos los consumidores.

[385] MATHESON (1984), *Harvard Journal on Legislation 21,* p. 388; SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 269.

VI. Las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria en las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

1. La regulación europea de las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria

a) La parca regulación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE que, como he mostrado, regulan de forma detallada el concepto de discriminación y su ámbito de aplicación objetivo, dejan mucho margen de apreciación a los Estados miembros en la elección de las consecuencias jurídicas que deberá tener una infracción de la prohibición de discriminación. Las disposiciones de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE referidas a las consecuencias jurídicas de una conducta discriminatorias son básicamente tres: el art. 15 de la Directiva 2000/43/CE y los art. 14 y 8.2 de la Directiva 2004/113/CE.

Dice el art. 15 de la Directiva 2000/43/CE:

> "Artículo 15: Sanciones
> Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros comunicarán dichas disposiciones a la Comisión a más tardar el 19 de julio de 2003 y le notificarán sin demora cualquier modificación de aquéllas."

El art. 14 de la Directiva 2004/113/CE establece a su vez:

> "Artículo 14: Sanciones
> Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y tomarán cualquier medida necesaria para garantizar su aplicación. Las

> sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros comunicarán estas disposiciones a la Comisión, a más tardar el 21 de diciembre de 2007, y comunicarán inmediatamente cualquier modificación ulterior de las mismas."

Además, el art. 8.2 de la Directiva 2004/113/CE, que no encuentra equivalente en la Directiva 2000/43/CE determina:

> "Artículo 8: Defensa de derechos
> (2). Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos internos las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación en el sentido de la presente Directiva reciba una indemnización o compensación reales y efectivas del Estado miembro, de manera disuasoria y proporcional al daño sufrido. La fijación de un límite máximo predeterminado no limitará dicha compensación o indemnización."

Del tenor de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE se derivan las siguientes exigencias, que las transposiciones estatales deberán cumplir: Las consecuencias jurídicas de la infracción de la prohibición de discriminación deberán ser efectivas y proporcionadas y tener carácter disuasorio. Además, las Directivas imponen a los legisladores nacionales la obligación de garantizar la reparación del daño sufrido por la víctima.

Ésta es toda la información que de la lectura de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE puede obtenerse sobre los remedios que los Estados miembros deberán prever. Las pautas son pocas y muy generales. Esto explica que el Tribunal de Justicia haya resuelto tres cuestiones prejudiciales sobre la conformidad de las sanciones adoptadas por algunos Estados miembros con el derecho comunitario.

Las dudas que han llevado a los tribunales nacionales a plantear dichas cuestiones prejudiciales, a las que haré alusión a continuación, se referían básicamente al estándar de responsabilidad aplicable a las conductas discriminatorias, al alcance de la obligación de reparación de daños y a la posibilidad de prever límites indemnizatorios. También el

carácter disuasorio o sancionador de la indemnización de daños ha generado discusiones en la doctrina.

b) Las consecuencias jurídicas de la infracción de la prohibición de discriminación: ¿Sanción o remedio?

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, al regular las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias prohibidas eligen el término "sanción". Dicho concepto no se adecua bien ni al concepto de discriminación de las Directivas ni a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Además, no es acorde con la finalidad perseguida por el derecho de antidiscriminación cuyo objetivo principal es la protección de las víctimas y en un segundo plano, cuando ésta lo exija, la sanción del discriminador.

Como ponía de relieve al tratar el concepto de discriminación, que subyace a las Directivas, éstas no sólo prohíben discriminaciones directas intencionales, sino que también ponen freno a ciertas diferenciaciones estadísticas y a las discriminaciones indirectas no justificadas. Resulta indiscutible que en los casos en que la conducta discriminatoria obedece a la aversión del discriminador o al intento de excluir a la víctima de la discriminación, la consecuencia jurídica que debe llevar aparejada la infracción de la prohibición de discriminación, debe ser una sanción.

Sin embargo, en los supuestos de diferenciación estadística no parece tan evidente que haya que sancionar al infractor, bastará seguramente con disuadirle de adoptar prácticas discriminatorias en el futuro y compensar a la víctima del daño sufrido. Algo parecido ocurrirá en los supuestos de discriminación indirecta en los que, la exigencia de tener en cuenta la repercusión que ciertas decisiones tienen sobre colectivos históricamente perjudicados y la obligación de modificar y reformular los criterios, permite cumplir los objetivos del derecho de antidiscriminación, sin necesidad de imponer sanciones.

Más apropiado hubiera sido, por tanto, adoptar el concepto de remedio[386], que con el punto de mira en el fenómeno al que tratar de responder, se adapta a un derecho de la antidiscriminación que trata de "remediar" también situaciones de discriminación estructural y que pretende una forma de inclusión, que exige una comunicación futura. En muchos casos, para garantizar la forma de interacción a las que las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE tienden, no es suficiente ni necesario sancionar conductas pasadas.

> La terminología remedio sería además perfectamente coherente con la elegida en el *Draft Common Frame of Reference*, que en el capítulo 2 del Libro II, concretamente la disposición II. – 2:104, bajo la rúbrica "Remedies" recoge las consecuencias jurídicas de la infracción de la prohibición de no discriminación.

c) El principio de equivalencia

Un principio del ordenamiento comunitario, que deberá ser respetado por los Estados miembros al transponer las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE es el principio de equivalencia[387], que exige que "al elegir la solución adecuada para garantizar el objeto de la Directiva, los Estados miembros deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares"[388]. El principio de equivalencia se basa en el reconocimiento mutuo de los ordenamientos nacional y europeo y en la presunción de funcionalidad del derecho

---

[386] TOBLER (2005), *Remedies and sanctions in EC non-discrimination law*, p. 32: "*Whilst remedies can generally be defined as concerning the form and the extent of the relief and redress granted to the victims of discrimination, sanctions in strict sense concern penalizing measures. [...] The confusing use of the term "sanctions" is due to the Courts case law in the area of sex discrimination [...] where the court used the term "sanction" when in fact speaking about the right to a personal remedy."*

[387] TOBLER (2005), *Remedies and sanctions in EC non-discrimination law*, p. 12.

[388] *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997; C-180/95, apartado 29).

nacional y sus instrumentos, por parte del derecho comunitario.

La aplicación de dicho principio llevó al Tribunal de Justicia a considerar que no respetaban el principio de equivalencia "unas disposiciones legales nacionales que, a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral, establecen "a priori" un límite máximo de tres mensualidades de salario a la indemnización de daños y perjuicios, que puede obtenerse en caso de discriminación por razón de sexo con motivo de una contratación"[389].

Las infracciones del derecho de la antidiscriminación deberán ser integradas, por lo que hace referencia a las consecuencias jurídicas que de éstas se deriven, de forma tal, que ponga de relieve su gravedad. Debe existir una coherencia entre el tratamiento que los ordenamientos nacionales dan a conductas nacionales equivalentes y el que dan a las infracciones del derecho comunitario.

d) La responsabilidad civil y la imputación objetiva de ésta

La forma de imputación de la responsabilidad por infracciones de la prohibición de discriminación fue objeto de estudio en el asunto *Dekker c. Stiching Vormingscentrum voor Jong Volwassenen* (STJCE de 8.11.1990, As. 177/88).

> Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento del Tribunal de Justicia fue el rechazo de la solicitud presentada por la Sra. Dekker para un puesto de educadora por estar embarazada. Ante tal decisión la Sra. Dekker interpuso una demanda contra el *Stiching Vormingscentrum voor Jong Volwassenen*. El *Arrondissementrechtsbank Haarlem* y el *Gerechtshof Amsterdam* inadmitieron la demanda, por lo que la Sra. Dekker interpuso recurso de casación ante el *Hoge Raad der Nederlanden*. El 24 de junio de 1988 el *Hoge Raad de Nederlanden* planteó cuatro cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE.

[389] *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997; C-180/95, apartado 30).

El *Hoge Raad der Nederlanden* preguntó al Tribunal de Justicia si era contrario al artículo 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE que el éxito de una acción de daños quedara supeditado a la prueba de la culpa por parte del empresario infractor. El Tribunal de Justicia respondió que "cuando la sanción elegida por el Estado miembro está comprendida en un régimen de responsabilidad civil del empresario, la violación de la prohibición de discriminación debe bastar para generar, por sí sola, la entera responsabilidad de su autor, sin que quepa apreciar las causas de exención previstas por el Derecho nacional."

En el asunto *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997, As. 180/95), el Tribunal de Justicia reiteró esta exigencia.

> El Sr. *Draehmpaehl* respondió a una oferta de empleo publicada por *Urania Immobilienservice OHG* en la que ésta ofrecía un puesto de colaboradora de Dirección en su empresa. *Urania Immobilienservice OHG* no respondió a la carta del Sr. Draehmpaehl, que interpuso una demanda ante el Tribunal de Trabajo *(Arbeitsgericht)* de Hamburgo contra *Urania Immobilienservice OHG*, alegando haber sufrido una discriminación y solicitando una indemnización. El 22 de mayo de 1995 el Tribunal de Trabajo *(Arbeitsgericht)* de Hamburgo planteó cuatro cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE[390].

A la pregunta del Tribunal de Trabajo *(Arbeitsgericht)* de Hamburgo sobre la falta de conformidad con la Directiva 76/207/CEE de la exigencia de culpa por parte del discriminador, el Tribunal de Justicia contestó lo siguiente: "la Directiva se opone a unas disposiciones legales nacionales que, como lo hacen los apartados 1 y 2 del artículo 611, a) del BGB, someten la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación al requisito de existencia de una conducta culpable."

---

[390] Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Consideró irrelevante el hecho, al que remitía el Gobierno alemán para defender su posición, de que en Derecho alemán era fácil aportar la prueba de la conducta culpable.

e) La compensación de la víctima mediante la indemnización de los daños sufridos

Tanto el art. 15 de la Directiva 2000/43/CE, como el art. 14 de la Directiva 2004/113/CE establecen que las sanciones previstas por el legislador nacional "podrán incluir la indemnización a la víctima de la discriminación". De la forma en que las Directivas hacen alusión a la indemnización, a la que se refieren como una mera posibilidad, parece concluirse que, desde el punto de vista del derecho europeo, ésta no juega un papel central en los remedios que deberán ser previstos para los casos de infracción de la prohibición de discriminación.

Sin embargo, este tenor da lugar a confusión puesto que la propia Directiva 2004/113/CE, en su artículo 8.2, impone a los Estados la obligación de introducir "las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación […] reciba una indemnización o compensación reales y efectivas del Estado miembro, de manera disuasoria y proporcional al daño sufrido".

Una acción de compensación de los daños debe, por tanto, ser prevista necesariamente por los legisladores nacionales.

aa) Tres intentos de transposición del derecho alemán a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976

(1) La ley laboral de adaptación a la Comunidad Europea (*Arbeitsrechtlicher EG-Anpassungsgesetz)* de 13 de agosto de 1980: la compensación del daño a la confianza

La aprobación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, fue el punto de partida de una consecución de intentos frustrados por parte del legislador alemán de establecer la adecuada compensación de los daños derivados de una conducta discriminatoria.

A efectos de transponer dicha norma al ordenamiento jurídico alemán, el legislador aprobó la Ley laboral de adaptación a la Comunidad Europea (*Arbeitsrechtlicher EG-Anpassungsgesetz)* de 13 de agosto de 1980, que introdujo en el Código Civil alemán (*BGB*) el § 611 a II, que establecía lo siguiente:

> § 611 a II BGB: "Si no se ha celebrado un contrato de trabajo debido a una infracción de la prohibición de discriminación del apartado 1 de la que el empleador deba responder, quedará éste obligado a compensar el daño que el trabajador haya padecido por confiar en que la celebración del contrato no fracasaría por una infracción de este tipo[391]."

[391] *§ 611 a II BGB: „Ist ein Arbeitsverhältnis wegen eines von dem Arbeitsgeber zu vertretenen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 nicht begründet worden, so ist er zum Erstaz desjenigen Schadens verpflichtet, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, dass er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben."*

La limitación de la obligación de compensación del daño al resarcimiento del daño a la confianza o el interés negativo, obedecía al intento de descartar que las víctimas de la discriminación solicitaran el pago de los salarios dejados de obtener –en concepto de interés positivo– o incluso la contratación.

La aplicación de dicha disposición conducía, en la práctica, a que el causante del daño restituyera a la víctima tan sólo los gastos de envío de su solicitud de trabajo y, si tenía lugar una entrevista, los gastos de desplazamiento necesarios para realizar dicha prueba de selección[392].

(2) El asunto *Colson/Kamman c. Land Nordrhein-Westfalen* de 10 de abril de 1984: incompatibilidad del § 611 a II *BGB a. F*. con el derecho comunitario

El Tribunal de Trabajo de Hamm (*Arbeitsgericht Hamm*), que debía resolver la demanda planteada por Sabine Colson y Elisabeth Kamann, en un caso de discriminación en el acceso al empleo, se encontró ante la perspectiva de poder compensar tan sólo el daño a la confianza.

> Las demandantes Sabine Colson y Elisabeth Kamann, habían solicitado un puesto de trabajo en una prisión de hombres administrada por el *Land Nordrhein-Westfalen*, que se negó a contratarlas por ser mujeres. Las demandantes interpusieron una demanda ante el Tribunal de Trabajo de Hamm *(Arbeitsgericht*) alegando que habían sido víctimas de una conducta discriminatoria y solicitando una indemnización.

El Tribunal de Trabajo de Hamm suspendió el litigio para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia y aclarar si el derecho comunitario exigía de los Estados miembros la imposición de unas sanciones concretas en los casos de discriminación en el acceso al empleo.

[392] WAGNER (2006), *AcP*, p. 390.

El Tribunal de Justicia hizo tres puntualizaciones: La primera consistía en aclarar que el derecho comunitario no exigía del legislador nacional la imposición al empresario discriminador de una obligación de contratar a la víctima. La segunda esclarecía que el legislador nacional tenía la opción de sancionar la conducta discriminatoria mediante la exigencia del pago de una indemnización al infractor[393]. La tercera imponía la condición de que, en caso de optar por la vía indemnizatoria, la compensación debía ser proporcional al daño sufrido por la víctima de la discriminación y tener un carácter disuasorio. Esto se traducía en la prohibición de imponer una indemnización meramente simbólica, como la consistente en el reembolso de los gastos de envío de la solicitud[394].

(3) La sentencia del Tribunal Federal de Trabajo *(Bundesarbeitsgericht)* de 14 de marzo de 1989[395]: un mes de salario en concepto de daños morales

A pesar del pronunciamiento del Tribunal de Justicia y su declaración de no conformidad con el derecho comunitario de la disposición legal en cuestión, el legislador alemán no modificó dicha norma. Fue el Tribunal Federal de Trabajo *(Bundesarbeitsgericht)* el que, en su sentencia de 14 de marzo de 1989, trató de resolver el problema de la incompatibilidad del § 611 a II del Código Civil alemán (*BGB*) con el derecho comunitario.

---

[393] *Colson/Kamman c. Land Nordrhein-Westfallen* (STJCE de 10.4.1984; As. 14/83, apartado 23*):„Entscheidet sich der Mitgliedstaat dafür, als Sanktion für den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot eine Entschädigung zu gewähren, so muss diese deshalb jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen.“*

[394] *Colson/Kamman c. Land Nordrhein-Westfallen* (STJCE de 10.4.1984; C-14/83, apartado 24): *„Folglich würde eine nationale Rechtsvorschrift, die die Schadensersatzansprüche von Personen, die Opfer einer Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung wurden, auf eine rein symbolische Entschädigung wie etwa die Erstattung ihrer Bewerbungskosten beschränkt, den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie nicht gerecht.“*

[395] BAG, 14.3.1989, *NJW 1990,* p. 67.

> En el caso de la sentencia del Tribunal de Trabajo Federal *(Bundesarbeitsgericht)* de 14.3.1989 la demandante, ante el rechazo de su solicitud de trabajo para un puesto vacante en una protectora de animales, interpuso demanda ante el Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgericht)* por considerar que la decisión empresarial estaba fundamentada en su sexo y solicitó una indemnización de seis meses de salario, que el Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgericht)* le concedió. El Tribunal Territorial de Trabajo (*Landesarbeitsgericht)* desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada. El Tribunal Federal Laboral (BAG) estimó parcialmente el recurso de revisión interpuesto y revisó el montante de la indemnización de los daños morales, reduciéndola a un mes de salario en lugar de seis.

El Tribunal Federal de Trabajo (*BAG*) concedió a la demandante una indemnización que superaba el interés a la confianza legalmente previsto argumentando de la siguiente manera: En primer lugar entendió que el daño que debía ser indemnizado no era un daño patrimonial sino el daño moral, derivado de la lesión de los derechos de la personalidad inherente a toda discriminación. Partiendo de ello consideró, en segundo lugar, que la limitación de la responsabilidad al interés negativo, que el § 611 a II del Código Civil alemán (*BGB*) preveía, se refería exclusivamente a los daños patrimoniales. La norma ni limitaba el montante de los daños morales ni, por no hacer alusión a ellos, excluía la posibilidad de solicitarlos. Y sin embargo, el § 611 a II del Código Civil alemán (*BGB*) expresaba claramente la decisión legislativa de sancionar las conductas discriminatorias sólo en tanto en cuanto esto fuera estrictamente necesario para cumplir con las exigencias del derecho comunitario[396]. Por eso, el Tribunal, aunque concedió una indemnización que superaba el interés negativo, calculó el montante de la indemnización de los daños morales a la baja.

[396] BAG, 14.3.1989, *NJW 1990,* p. 67*:* „[…] *der in seinen Rechtsfolgen zwar unzureichende, aber nach wie vor gültige § 611 a II BGB zeigt, der bisher unveränderte Wille des nationalen Gesetzgebers nicht zu übersehen, geschlechtsspezifische Diskriminierungen nur insoweit zu sanktionieren, als dies nach EG-Recht unbedingt erforderlich ist. Diese gesetzgeberische Grundentscheidung ist, solange sie gilt, bei Festlegung der Entschädigung in die Abwägung mit einzubeziehen.“.*

(4) La ley de igualdad de derechos alemana (*Gleichberechtigungsgesetz*) de 24 de junio de 1994: la previsión legal de un límite indemnizatorio

En el año 1994, el legislador alemán modificó el § 611 a II del Código Civil alemán (*BGB*) en el intento de adecuarlo a las directrices que el Tribunal de Justicia había dado en el asunto *Colson/Kamman c. Land Nordrhein-Westfallen* (STJCE de 10.4.1984, As. 14/83). El nuevo tenor de la disposición establecía lo siguiente:

> § 611 a II BGB: "En el caso de que el empresario tuviera que responder de una infracción de la prohibición de discriminación durante la celebración del contrato de trabajo, el solicitante puede solicitar una indemnización proporcionada en dinero que no podrá superar las tres mensualidades de salario[397]."

El legislador alemán abandona, con la aprobación de esta nueva disposición, la alusión al interés negativo. Sin embargo, se continúa percibiendo la tensión existente entre los principios del derecho indemnizatorio alemán y las exigencias del derecho comunitario. Mientras que la preocupación del Tribunal de Justicia consistía en garantizar una compensación mínima, que permitiera satisfacer las funciones resarcitoria y preventiva del derecho de daños, la finalidad perseguida por el legislador alemán era poner freno a las demandas indemnizatorias fijando la cantidad máxima a la que podía ascender la compensación otorgada. Esta actitud se justifica en una concepción muy restrictiva del derecho de daños vigente en el ordenamiento jurídico alemán.

[397] § 611 a II BGB: *"Hat der Arbeitgeber bei der Begründung eines Arbeitsverhältnises einen Verstoβ gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 zu vertreten, so kann der hierduch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten verlagen."*

(5) El asunto *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* de 22 de abril de 1997: los límites indemnizatorios son conformes con el derecho comunitario si la indemnización cumple la función resarcitoria

La decisión legislativa alemana, consistente en fijar a priori un límite a la indemnización por daños discriminatorios, fue también objeto de estudio por parte del Tribunal de Justicia, en su sentencia *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997, As. 177/88).

El Tribunal de Trabajo *(Arbeitsgericht)* de Hamburgo planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, en la que preguntaba por la compatibilidad con la Directiva 76/207/CE de un tope indemnizatorio de tres meses de salario.

El Tribunal de Trabajo *(Arbeitsgericht)* de Hamburgo pidió al Tribunal de Justicia que respondiera a la pregunta, distinguiendo entre dos tipos de supuestos. El primero de ellos sería el de los candidatos, que de no haber tenido lugar la discriminación, tampoco hubieran obtenido la plaza, debido a la mejor cualificación del candidato efectivamente contratado. El segundo supuesto sería el de los solicitantes discriminados que sí hubieran sido contratados si la selección se hubiera llevado a cabo sin discriminación.

El Tribunal de Justicia respondió manifestando, para empezar, sus dudas sobre la adecuación al principio de equivalencia de la previsión de un tope indemnizatorio, cuando esta figura no se contemplaba en las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral[398].

[398] *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997; C-180/95, apartado 30): "no satisfacen dichos requisitos unas disposiciones legales nacionales que, a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral, establecen a priori un límite máximo de tres mensualidades de salario a la indemnización de daños y perjuicios que puede obtenerse en caso de discriminación por razón de sexo con motivo de una contratación."

Consideró, sin embargo, que dicho tope no se oponía al derecho comunitario si éste se aplicaba tan sólo al primero de los supuestos planteado por el Tribunal de Trabajo *(Arbeitsgericht)* de Hamburgo.

El Tribunal de Justicia razonó de la siguiente forma: Entendió, para empezar, que el perjuicio sufrido por un candidato del primer grupo y un candidato del segundo son diferentes. El primer solicitante sufre un daño mucho menor que el segundo. El perjuicio asociado a la conducta discriminatoria en la primera constelación de casos es tan sólo el derivado de la negativa a tomar en consideración la candidatura de la víctima de la discriminación. El segundo tipo de solicitante sufre el perjuicio derivado de la negativa a contratarle, es decir, pierde la oportunidad de celebrar el contrato. Atendiendo a esta diferencia, el Tribunal consideró que la presunción legal de que el daño sufrido por el primer tipo de solicitante no supera un límite de tres mensualidades de salario, era correcta.

(6) La ley para la modificación del *BGB* y de la Ley de los Tribunales de Trabajo (*Gesetz zur Änderung des BGB und des Arbeitsgerichtsgesetz)* de 29 de junio de 1998

En la medida en que el § 611 a II del Código Civil alemán (*BGB*), limitaba la cuantía de la indemnización que la víctima de la discriminación podía recibir, sin diferenciar entre los dos tipos de constelaciones señalados, dicho artículo requería de una revisión para adecuarlo al derecho europeo. El legislador alemán trató de dar cabida a las matizaciones hechas por el TJCE modificando una vez más el tenor del § 611 a del código civil alemán (*BGB*). La nueva redacción rezaba así:

> § 611 a II BGB: "Si el empresario atenta contra la prohibición de discriminación prevista en el apartado 1 durante la celebración del contrato de trabajo, en tal caso el solicitante perjudicado por ello podrá solicitar una indemnización proporcionada en dinero;

> no existe una pretensión de celebración de un contrato de trabajo[399]."
>
> § 611 a III BGB: "Si el solicitante tampoco hubiera sido contratado en una selección sin discriminación, el empresario deberá pagar una indemnización que ascienda a, como máximo, tres meses de salario. Se tendrá por salario mensual, la remuneración en dinero y en especie, que hubiera correspondido al solicitante, en caso de una jornada laboral regular, el mes, en el que se hubiera establecido la relación laboral[400]."

Siguiendo las indicaciones del Tribunal de Justicia, el nuevo § 611 a III BGB imponía sólo un tope indemnizatorio de tres meses de salario para aquellos casos en que se había dado discriminación, pero ésta no había sido el motivo de la no contratación.

bb) Las Directiva 2002/73 de 23 de septiembre de 2002 y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006: consagración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Como el legislador alemán, el europeo trató de recoger la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los límites indemnizatorios, en la Directiva 2002/73 del Parlamento europeo y del Consejo de 3 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976.

Así, el art. 6 de dicho instrumento, en su nueva redacción, establecía:

---

[399] § 611 a II BGB: *"Verstößt der Arbeitgeber gegen das in Absatz 1 geregelte Benachteiligungsverbot bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, so kann der hierduch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen; ein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses besteht nicht."*

[400] § 611 a III BGB: *"Wäre der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, so hat der Arbeitgeber eine angemessene Entschädigung in Höhe von Höchstens drei Monatsverdiensten zu leisten. Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmässiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte."*

> "2. Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al artículo 3, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo."

Esta disposición admite la conformidad con el derecho comunitario de los topes indemnizatorios si el único daño que ha sufrido la víctima es el asociado a que su solicitud de trabajo no haya sido tenida en cuenta. Será el empresario el que deberá probar que tan sólo se ha dado ese perjuicio.

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde las principales disposiciones y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito, ha conservado el tenor del art. 6, procediendo tan sólo a modificar su numeración –actualmente se trata del artículo 18[401].

[401] "Artículo 18 Indemnización o reparación: Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo."

cc) La Directiva 2000/43/CE, la Directiva 2004/113/CE y Directiva 2006/54/CE: disparidad de criterios en lo que se refiere a los límites indemnizatorios

La discusión que he plasmado aquí, se refería a la compensación de los daños derivados de discriminaciones que tienen lugar en el acceso al empleo y cabría pensar que, en principio, las conclusiones que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se derivan, son extrapolables a las conductas discriminatorias acaecidas en el acceso a bienes y servicios. Sin embargo, el legislador europeo parece haberse decantado por otra opción. En la Directiva 2000/43/CE no hace alusión alguna a los límites indemnizatorios. En la Directiva 2004/113/CE, concretamente en el artículo 8.2, los prohíbe expresamente.

Esta disparidad de criterios crea cierta confusión y no se explica ni por las diferencias existentes entre el derecho laboral y civil, ni por la diferencia existente entre la discriminación por origen étnico y la sexual.

Hay algo que permite explicar, aunque no de forma totalmente satisfactoria, sí, en parte, las aparentes contradicciones en las que incurre el derecho comunitario al regular los límites indemnizatorios. La conclusión unívoca que, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede sacarse, es que la indemnización debe estar en relación con el daño efectivamente padecido por la víctima de la discriminación. La aprobación por parte del Tribunal de Justicia del límite de tres meses de salario obedece simplemente a que, en opinión del Tribunal, este montante cubre el daño moral consistente en no ser tenido en cuenta en un proceso de selección.

dd) La discusión sobre la naturaleza de la indemnización exigida por el Tribunal de Justicia en la doctrina alemana

Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre la compensación de los daños no han dejado a la doctrina alemana indiferente. Las modificaciones del derecho de resarcimiento de daños, que ha acarreado la transposición del derecho antidiscriminatorio han dado lugar a reacciones, en parte acaloradas, por entender que se estaban instaurando en el ordenamiento jurídico alemán los daños punitivos[402].

---

[402] ANNUSS (1999), *NZA*, pp. 738, 741*:"Mit anderen Worten soll ein unzulässig diskrimierter Bewerber auch dann, wenn ihm weder ein materieller noch ein immaterieller Schaden erwachsen ist, eine Entschädigung erhalten, deren Höhe diesenfalls allein durch das Erfordernis einer „wirklich abschreckenden Wirkung„ bestimmt wird. § 611 a II BGB ist deshalb nunmehr zumindest auch eine „echte„ Strafschadensnorm, und jeder Versuch der Gewinnung eines anderen Ergebnisses muß in Widerspruch zu der insoweit eindeutigen Entstehungsgeschichte geraten".*; BROCKMEIER (1999), *„Punitives damages, multiple damages und deutscher ordre public"*, pp. 66-67: „*Bemerkenswert ist auch, dass § 611 a II BGB eine Kausaität zwischen Diskriminierung und einem konkreten Vermögensschaden nicht voraussetzt, Ausgleichfunktionen sind bei diesem Anspruch daher nur untergeodrneter Bedeutung. § 611 a II BGB kann auch nicht als pauschalierter immaterieller Schaden begriffen werden. Denn es ist nicht einzusehen, warum der immaterielle Schaden von der Höhe des Monatsgehalts abhängen soll, das der Bewerber im Erfolgsfall arhalten hätte. Berücksichtigt man weiter, dass die Höhe der Entschädigung von Anlaß und Beweggrund des Handelns der Arbeitsgebers abhängen soll, werden der privatstrafrechtliche Charakter und die funktionale Äquivalenz des § 611 a II BGB zu den punitive damages des amerikanischen Rechts offensichtlich.";* ROSENGARTEN (1996), *NJW,* p. 1937: *„Durch die Rechtsprechung des EuGH aufgerufen, wurde der Gesetzgeber aktiv und änderte § 611a II BGB dahingehend, daß nunmehr „eine angemessene Entschädigung in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten" zuerkannt werden könne. Damit hat auch der Gesetzgeber die Abschreckungswirkung des Ersatzanspruchs nach § 611a II BGB ausdrücklich anerkannt. Ob die Begrenzung auf drei Monatsgehälter allerdings geeignet ist, das Ziel der Abschreckung tatsächlich zu erreichen, ist zweifelhaft. Außerdem ist der Ersatzanspruch an Verschulden geknüpft. Dementsprechend hat nun das ArbG Hamburg dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es mit der EG-*

(1) El carácter sancionador de la indemnización del § 611 a II del Código civil alemán (*BGB*)

Los autores alemanes que han sacado a la luz las similitudes existentes entre el § 611 a II del Código civil alemán (*BGB*) y los daños punitivos, lo han hecho en términos bastante críticos, apelando fundamentalmente a dos problemas de adecuación: La contradicción entre la sanción privada y el monopolio de la competencia sancionadora detentado por el Estado en los ordenamientos de *Civil law*. Y la incompatibilidad con el principio de enriquecimiento injusto de la víctima, que rige el derecho privado continental.

JOACHIM ROSENGARTEN habla, de forma relativamente prudente, de un paralelismo entre la disposición alemana y el derecho americano:

> "Llamado por la jurisprudencia del TJCE, el legislador alemán se activó y modificó el § 611 a II del Código civil alemán *(BGB)* en la dirección de que, en adelante, pudiera concederse „una indemnización proporcionada en dinero en la cuantía de como máximo tres mensualidades". Con ello el legislador ha reconocido expresamente la función disuasoria de la pretensión indemnizatoria del § 611 a del código civil alemán (*BGB*). El que la limitación a tres mensualidades de salario resulte idónea para alcanzar la finalidad de la disuasión, es dudoso. Además, la pretensión indemnizatoria depende de la negligencia. En consecuencia, el Tribunal de Trabajo de Hamburgo ha planteado al TJCE la cuestión prejudicial de si es compatible con las Directivas europeas de igualdad de trato, que se limite la pretensión indemnizatoria a tres meses de salario y ésta se condicione a la existencia de una conducta culpable. Tampoco aquí puede pasar desapercibido un paralelismo con el derecho americano[403]."

Gleichbehandlungsrichtlinie vereinbar sei, daß der Ersatzanspruch auf drei Monatsgehälter beschränkt ist und an die Voraussetzung des Verschuldens anknüpft. Auch hier ist übrigens eine Parallele zum amerikanischen Recht nicht zu verkennen." También BENECKE/ KERN (2005), *EuZW,* pp. 362, 363; STAUDINGER/ ANNUSS (2005), § 611 a II BGB, Mg. 19; HONSELL: http://www.honsell.at/Publikationen/FSWestermann pdf; pp. 15-16.

[403] ROSENGARTEN (1996), *NJW,* p. 1937: *„Durch die Rechtsprechung des EuGH aufgerufen, wurde der Gesetzgeber aktiv und änderte § 611a II BGB dahingehend, daß nunmehr „eine angemessene*

KLAUS ADOMEIT anuncia de forma más osada la adopción por parte del legislador alemán de la institución de los *„punitive damages“*:

> „¡El Código civil alemán (*BGB)* amenaza recientemente con penas dinerarias! O se ha visto obligado a acoger, por imperativo europeo, la institución americana de los „*punitive damages*“, en contra de la sistemática de todo nuestro derecho de resarcimiento de daños[404].“

DIRK BROCKMEIER observa una equivalencia funcional entre el § 611 a II del código civil alemán *(BGB)* y los daños punitivos del derecho americano:

> “Es notable también, que el § 611 a II del código civil alemán *(BGB)* no presupone una causalidad entre discriminación y un daño patrimonial concreto, las funciones compensatorias son, por tanto, en esta pretensión de importancia secundaria. El § 611 a II del Código Civil alemán *(BGB)* no puede ser interpretado tampoco como la cuantificación del daño inmaterial. Pues no se entiende porqué el daño inmaterial debería depender de la cuantía del salario mensual, que el solicitante hubiera recibido en caso de éxito. Si se tiene, además, en cuenta que el montante de la indemnización debe depender de la razón y la motivación al actuar del empresario, resultan evidentes el carácter de sanción privada y la equivalencia funcional del § 611 a II del Código Civil alemán *(BGB)* y los daños punitivos del derecho americano[405].“

Entschädigung in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten“ zuerkannt werden könne. Damit hat auch der Gesetzgeber die Abschreckungswirkung des Ersatzanspruchs nach § 611a II BGB ausdrücklich anerkannt. Ob die Begrenzung auf drei Monatsgehälter allerdings geeignet ist, das Ziel der Abschreckung tatsächlich zu erreichen, ist zweifelhaft. Außerdem ist der Ersatzanspruch an Verschulden geknüpft. Dementsprechend hat nun das ArbG Hamburg dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es mit der EG-Gleichbehandlungsrichtlinie vereinbar sei, daß der Ersatzanspruch auf drei Monatsgehälter beschränkt ist und an die Voraussetzung des Verschuldens anknüpft. Auch hier ist übrigens eine Parallele zum amerikanischen Recht nicht zu verkennen.“

[404] ADOMEIT (1997)*, NJW*, pp. 2295, 2295. *“Das BGB droht also neuerdings Geldstrafen an! Oder es hat, unter Euro-Diktat, die amerikanische Einrichtung der „punitive damages" in sich aufnehmen müssen, ganz quer zur Systematik unseres gesamten Schadensersatzrechts.“*

[405] BROCKMEIER (1999), *„Punitives damages, multiple damages und deutscher ordre public“*, pp. 66, 67: „*Bemerkenswert ist auch, dass §*

(2) GERHARD WAGNER: la concepción del Tribunal de Justicia: prevención mediante compensación del daño

GERHARD WAGNER atribuye a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia un alcance más limitado[406]. Aunque admite que para el Tribunal la indemnización sí cumple una función sancionadora, entiende que lo que el Tribunal está exigiendo, en primer término, es que la indemnización prevista cumpla una función resarcitoria real:

> "El Tribunal no exige ni la expiación de la culpa ni la imposición de represalias o sanciones a cualquier precio y en cualquier cuantía, destinadas a que el empresario que ha atentado contra la prohibición de discriminación sea sancionado de forma estricta. Ordena más bien un cálculo de la indemnización que se atenga al daño efectivamente sufrido por la víctima, para que, dentro de ese marco, quede garantizada la función disuasoria[407]."

GERHARD WAGNER apunta que hay que situar las afirmaciones del Tribunal de Justicia en el contexto concreto en que éstas fueron hechas[408]. Lo que fue objeto de estudio

---

611 a II BGB eine Kausalität zwischen Diskriminierung und einem konkreten Vermögensschaden nicht voraussetzt, Ausgleichfunktionen sind bei diesem Anspruch daher nur untergeordneter Bedeutung. § 611 a II BGB kann auch nicht als pauschalierter immaterieller Schaden begriffen werden. Denn es ist nicht einzusehen, warum der immaterielle Schaden von der Höhe des Monatsgehalts abhängen soll, das der Bewerber im Erfolgsfall erhalten hätte. Berücksichtigt man weiter, dass die Höhe der Entschädigung von Anlaβ und Beweggrund des Handelns der Arbeitsgebers abhängen soll, werden der privatstrafrechtliche Charakter und die funktionale Äquivalenz des § 611 a II BGB zu den punitive damages des amerikanischen Rechts offensichtlich."

[406] WAGNER (2006), *AcP*, p. 393.

[407] WAGNER (2006), *AcP*, p. 398: *"Der Gerichtshof hat weder Sühne und Vergeltung gefordert noch Sanktionen um jeden Preis und in beliebiger Höhe verlangt, damit der gegen das Gleichbehnadlungsverbot verstoßende Arbeitsgeber streng bestraft wird. Vielmehr hat er eine am Schaden des Disrkiminierungsopfers orientierte Bemessung des Ersatzanspruchs angemahnt, damit in diesem Rahmen wirksame Abschrekung gewährleistet ist."*

[408] WAGNER (2006), *AcP*, p. 394. TOBLER (2005), *Remedies and sanctions in EC non-discrimination law*, p. 4: *"For certain cases, the Court's case law contains specific indications regarding the Community*

por parte del Tribunal fue la indemnización prevista por el ordenamiento jurídico alemán. Dicho ordenamiento parte de una concepción muy restrictiva del daño indemnizable.

> Prueba de esto es, para empezar, el § 253. 1 BGB, que establece que „sólo serán indemnizables los daños no patrimoniales en los casos expresamente previstos por la ley[409]." Otro indicio de que el ordenamiento alemán se muestra reticente a conceder indemnizaciones por daños es la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (*BGH*) en materia de lesiones a los derechos de la personalidad que exige, para que el daño sea indemnizable, que la violación de que se trata sea grave. No hay que olvidar tampoco que el ordenamiento alemán sólo sanciona la culpa *in contrahendo* con la reparación del interés negativo.

El Tribunal no comparte esta visión alemana del derecho de daños, sino que parte de una concepción europea de éste, que parece estar más cerca del tratamiento que el ordenamiento francés[410] y el español dan a esa figura.

Desde este punto de vista, que el Tribunal considerara que el § 611 a del Código Civil alemán (*BGB)* no cumplía las exigencias del derecho comunitario no significa necesariamente que el Tribunal estuviera exigiendo la instauración de los daños punitivos[411]. La primera versión del § 611 a del Código Civil alemán (*BGB)*, consistente en el reembolso del precio del sello no cumplía ni siquiera la función resarcitoria, pues quedaba muy lejos de compensar los daños que realmente se habían producido. Y eso es, en primer término, lo que el Tribunal echa en falta.

---

law requirements in relation to remedies. [...] Further, where compensation is chosen as remedy it must fully make good the damage."

[409] § 253. 1 BGB: „*Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden."*

[410] WAGNER (2006), *AcP*, p. 395.

[411] SCHIEK/SCHIEK (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 21, Mg. 21.

ee) Exigencia por parte del derecho europeo de la imposición de una indemnización que cumpla la función resarcitoria y preventiva

Esta segunda línea interpretativa me parece la más adecuada y además de los argumentos de GERHARD WAGNER, existen otros que apoyan dicha lectura.

(1) Las afirmaciones expresas del Tribunal de Justicia en sus pronunciamientos

Distintas afirmaciones del Tribunal de Justicia sustentan la opinión, de acuerdo con la cual, lo que motivó la declaración por parte del Tribunal de no conformidad con el derecho comunitario de los intentos de transposición alemana, fue que ésta no cumplía con una función resarcitoria.

Para empezar el hecho de que el Tribunal de Justicia sostenga expresamente que la indemnización no puede ser simbólica, sino que debe ser adecuada al perjuicio sufrido[412].

> "A este respecto procede recordar que, tal como se ha precisado en los apartados 25 y 27 de la presente sentencia, la indemnización debe ser adecuada al perjuicio sufrido."

El requisito de la adecuación al perjuicio sufrido no tiene porqué cumplirse necesariamente si el legislador fija de antemano la cuantía de la indemnización. Por eso, el Tribunal de Justicia critica la solución alemana consistente en prever una indemnización tasada para los supuestos de discriminación. Sólo en los supuestos en que la discriminación no ha sido la causa determinante de la no-contratación, el Tribunal corrige sus afirmaciones taxativas, posibilitando la fijación a priori de la cuantía de la indemnización. Lo hace, sin embargo, con un pequeño matiz.

El Tribunal dice textualmente:

---

[412] *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997; C-180/95, apartado 32):

> "Habida cuenta de las consideraciones precedentes, parece razonable que un Estado miembro establezca la presunción legal de que el perjuicio sufrido por un candidato del primer grupo [es decir de los candidatos que no habrían obtenido la plaza aunque la selección hubiera tenido lugar sin discriminación] no sobrepasa el límite de tres mensualidades de salario[413]."

El Tribunal de Justicia acepta esa cuantificación del perjuicio sufrido porque la considera razonable y adecuada al daño y no porque el montante de tres meses de salario suponga una sanción para el empresario.

Las palabras del Tribunal de Justicia dan a entender que lo que determina la falta de conformidad de la transposición alemana con las exigencias del derecho comunitario es que ésta no cumple con la función resarcitoria, que debe cumplir, también en derecho alemán, toda disposición compensatoria.

(2) ¿Daños punitivos en casos de una causación no culpable del daño?

La idea de que el § 611 a del Código Civil alemán *(BGB)* pudiera tener naturaleza sancionadora no se sostiene bien si se lleva a cabo un análisis de la norma, que ponga en relación el régimen de responsabilidad aplicable y su condición de límite indemnizatorio. Como afirmaba en apartados anteriores, las infracciones de la prohibición de discriminación se rigen por un régimen de responsabilidad objetiva. El límite indemnizatorio de tres mensualidades de salario, se aplica indistintamente a los casos en que la conducta discriminatoria era dolosa, culpable o diligente.

Del juego de ambas figuras se deriva que el discriminador deberá pagar la misma indemnización en aquellos supuestos en que ha actuado dolosamente, de forma negligente o de acuerdo con el nivel de precaución adecuado.

---

[413] *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997; C-180/95, apartado 35).

Este resultado entra en contradicción con la figura de los daños punitivos, que al perseguir la finalidad de castigar, presuponen, como mínimo, la culpabilidad del sujeto.

De hecho, el ordenamiento norteamericano, sólo impone indemnizaciones sancionadoras en aquellos casos en que el causante del daño ha actuado dolosamente o de forma temeraria[414]:

En sede de derecho antidiscriminatorio, la Ley de derechos civiles (*Civil Rights Act*) de 1991 establece expresamente, en la sección 1977 A, bajo el título "Daños en casos de discriminación intencional en el empleo" (*Damages in cases of intentional discrimination in employment*), que "la parte demandante podrá recuperar daños punitivos […] si demuestra que el demandado que participó en la práctica o las prácticas discriminatorias con malicia o con imprudencia indiferente a los derechos federales protegidos del individuo agraviado[415]."

En el asunto *Kolstad v. American Dental Association* (527 U.S. 526) de 22 de junio de 1999, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos aclaró que la ley no imponía en todos los casos de discriminación intencional daños punitivos, sino que éstos requerían que el demandado

---

[414] DOBBS (1993), *Law of Remedies: damages-equity-restitution,* p. 312: *"Punitive damages are sums awarded in addition to any compensatory or nominal damages, usually as punishment or deterrent levied against a defendant found guilty of particularly aggravated misconduct, coupled with malicious, reckless or otherwise wrongful state of conduct."*

[415] *The Civil Rights Act of 1991 "SEC. 1977A. Damages in cases of intentional discrimination in employment:*

(b) Compensatory and punitive damages.

(1) Determination of punitive damages. - A complaining party may recover punitive damages under this section against a respondent (other than a government, government agency or political subdivision) if the complaining party demonstrates that the respondent engaged in a discriminatory practice or discriminatory practices with malice or with reckless indifference to the federally protected rights of an aggrieved individual."

hubiera actuado dolosamente o de forma gravemente negligente[416].

(3) No es lo mismo castigar que prevenir

Los autores que han sostenido la naturaleza punitiva del § 611 a del Código Civil alemán (*BGB)* no han tenido en cuenta que no es lo mismo castigar que prevenir.

> "En parecido orden de ideas conviene no utilizar las expresiones "indemnizaciones disuasorias" e "indemnizaciones sancionadoras" como si fueran sinónimas, pues no lo son en absoluto ya que si bien toda sanción eficientemente articulada disuade, lo recíproco no es cierto: no toda medida disuasoria castiga: disuasión no equivale necesariamente a sanción. Una indemnización estrictamente compensatoria bien fijada también disuade sin castigar."[417]

La propia Directiva 2004/113/CE, en su artículo 8.2, habla de una "indemnización […] disuasoria y proporcional al daño sufrido" y distingue por tanto entre ambos conceptos. El derecho comunitario exige del legislador nacional que adopte una indemnización que disuada, no una que castigue.

---

[416] *Kolstad v. American Dental Association* (527 U.S. 526 [1999]) *:"The very structure of §1981a suggests a congressional intent to authorize punitive awards in only a subset of cases involving intentional discrimination. Section 1981a(a)(1) limits compensatory and punitive awards to instances of intentional discrimination, while §1981a(b)(1) requires plaintiffs to make an additional "demonstrat[ion]" of their eligibility for punitive damages. Congress plainly sought to impose two standards of liability— one for establishing a right to compensatory damages and another, higher standard that a plaintiff must satisfy to qualify for a punitive award. The Court of Appeals sought to give life to this two tiered structure by limiting punitive awards to cases involving intentional discrimination of an "egregious" nature."*

[417] SALVADOR CODERCH (1997) en, SALVADOR CODERCH Y CASTIÑEIRA PALAU, *Prevenir y castigar*, p. 115; WAGNER (2006), AcP, p. 361: "*Die Vermischung von Straf- und Präventionszwecken ist in analytischer Hinsicht unbefriedigend, und sie blockiert eine fruchtbare Auseinandersetzung mit der Frage der Verhaltenssteuerung durch Privatrecht. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass die strafrechtliche Dogmatik Bestrafung und Prävention gerade nicht in eins setzt."*

La exigencia, por parte del derecho comunitario, de que la indemnización tenga efectos preventivos no entra en contradicción con los principios de derecho privado de los Estados miembros, como pueden hacerlo los daños punitivos.

> En su sentencia de 4 de junio de 1992, el Tribunal Supremo Federal alemán (*BGH)*[418] negó el reconocimiento de una decisión que condenaba al pago de los daños punitivos por entender que éstos atentaban contra el orden público alemán (§ 328 I Nr. 4 *ZPO*). El Tribunal declaró que "el orden de derecho civil alemán moderno prevé como consecuencia jurídica de una actuación ilícita sólo la compensación de daño (§§ 249 ss. *BGB*) y no el enriquecimiento del dañado[419]."

De hecho, el análisis económico ha mostrado que, en la mayor parte de los casos, la imposición de la obligación de compensación perfecta de los daños ya disuade de cometer la conducta lesiva[420].

Es cierto, sin embargo, que en determinados supuestos la prevención exige que se imponga al causante el pago de una indemnización que supere el daño que el ordenamiento atribuiría a la víctima por aplicación del principio de reparación integral o incluso el daño efectivamente causado a la víctima. Esto es fruto, en algunos casos, de que el ordenamiento yerra en su intento de compensar de forma

---

[418] BGH, 4.6.1992, *NJW 1992*, p. 3096-3106.

[419] BGH, 4.6.1992, *NJW 1992*, p. 3103: "*Die moderne deutsche Zivilrechtsordnung sieht als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich (§§ 249 ff. BGB), nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten vor.*"

[420] COOTER/ULLEN (2007), *Law & Economics*, p. 340: "*Thus, we have shown that the rule of strict liability with perfect compensation causes the injurer to internalize the marginal costs and benefits of precaution, which gives him or her incentives for efficient precaution*"; SHAVELL (2004), *Foundations of economic analysis of law* , p.236: *"It was shown earlier, […] that the threat of liability generally leads parties to take optimal levels of care, and sometimes to choose optimal levels of activity. The arguments for these optimality conclusions were made using examples in which there is one possible level of harm hat results if an accident occurs and in which the magnitude of liability –so-called damages- equals that level of harm."*

satisfactoria debido, sobre todo, a la dificultad de cuantificar ciertos daños. El caso paradigmático de dificultad de cuantificación son los daños morales. También puede ser consecuencia de que, en algunos supuestos, los beneficios que el causante obtiene de llevar a cabo la conducta dañosa superan los daños causados a la víctima, con lo que la obligación de compensar dichos daños, no dará suficientes incentivos al infractor para cesar en la conducta dañosa.

De todas formas, justamente en dichos supuestos, los propios ordenamientos jurídicos nacionales prevén excepciones que matizan la prohibición del enriquecimiento injusto.

El ordenamiento jurídico alemán conoce, por ejemplo, una función especial de la indemnización de los daños morales, que le permite abandonar una concepción sumamente restrictiva del daño no patrimonial a la vez que tener en cuenta, al cuantificar el daño, elementos como las ganancias obtenidas por el causante del perjuicio[421].

ff) Resumen de las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el derecho comunitario en materia de consecuencias jurídicas

De todo lo dicho se derivan una serie de condiciones que las transposiciones nacionales deberán cumplir al establecer las consecuencias jurídicas que tendrá la infracción de la prohibición de discriminación:

[421] Esto se refleja en una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán *(BGH)* de 5.12.1995, *NJW 1995*, pp. 861-865, a la que me referiré más adelante. Incluso en la sentencia de 4 de junio de 1992, el Tribunal Supremo Federal *(BGH)* estableció lo siguiente: *"Anders kann es sich möglicherweise verhalten, soweit mit der Verhängung von Strafschadensersatz restliche, nicht besonders abgegoltene oder schlecht nachweisbare wirtschaftliche Nachteile pauschal ausgeglichen oder vom Schädiger durch die unerlaubte Handlung erzielte Gewinne abgeschöpft werden sollen."*

La primera de ellas es que los Estados miembros deberán adoptar un estándar de responsabilidad objetiva. La segunda consiste en que la acción de compensación de daños deberá respetar el principio de reparación integral de los daños causados a la víctima de la discriminación. La tercera se refiere a las limitaciones indemnizatorias: Éstas estarán tan sólo permitidas si no entran en contradicción con el principio de compensación adecuada al perjuicio sufrido. La cuarta afecta a la naturaleza de la indemnización, que deberá ser disuasoria pero no sancionadora.

2. Propuesta de remedios efectivos, proporcionados y disuasorios atendiendo a las circunstancias individuales del caso

Del estudio del derecho europeo relativo a las medidas a adoptar por los Estados miembros en caso de violación de la prohibición de discriminación podemos sacar una conclusión que es al mismo tiempo un punto de partida: Los remedios previstos deben ser efectivos, proporcionados y disuasorios atendiendo a las circunstancias individuales del caso. A esa misma conclusión llegaba el informe sobre *"Remedies and sanctions in EC Non-discrimination law"* encargado por la Dirección General para el empleo, asuntos sociales e igualdad de oportunidades de la Comisión Europea y elaborado por CHRISTA TOBLER[422].

Como he mostrado a lo largo de este trabajo, los casos de discriminación a los que tratan de poner freno las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE son muy diversos. Esa diversidad hace necesaria también una diversidad en los remedios que se adopten.

[422] TOBLER (2005), *Remedies and sanctions in EC non-discrimination law (for the European Commission)*: *"In practice, much will depend on the particular circumstances of each individual case. Accordingly, the must important guideline is to judge the requirement of effectiveness, dissuasive and proportionality in the light of the circumstances of each individual case."*

Mis propuestas parten de las exigencias del derecho comunitario, que he concretado en el en el apartado anterior. Tienen también en cuenta algunos resultados del análisis económico del derecho. Además he tratado de concretar las soluciones que podría aportar una concepción participativa del derecho antidiscriminatorio. Esto último ha supuesto dos cosas: Dar importancia a remedios de carácter simbólico. Y preferir la adopción de medidas que intentan poner en relación a la víctima de la discriminación y el discriminador frente a aquellas que, basadas en el ideal de justicia correctiva, se centran en sancionar al discriminador o persiguiendo un ideal de justicia distributiva, buscan reasignar los recursos económicos.

a) Los remedios a elegir atendiendo a los motivos del discriminador

La primera gran distinción entre los casos de discriminación que podría hacerse es aquella que afecta a los motivos que han llevado al discriminador a dar un trato distinto a la víctima de la discriminación.

En tanto que las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE ponen sobre todo el punto de mira en el resultado discriminatorio y no en los elementos subjetivos que han llevado al causante a actuar, éstas prohíben tanto conductas dolosas como negligentes e incluso inconscientes. Evidentemente que la definición del concepto de discriminación no es totalmente ajena a las razones del discriminador. La idea de justificación abre la puerta a tener en cuenta aquellos motivos que han podido llevar al causante del daño a diferenciar en función del sexo u origen étnico. Pero las posibilidades de justificación tienen un límite claro que evidencia el hecho de que las discriminaciones por razón de origen racial sean prácticamente injustificables. La gravedad de la lesión del bien jurídico igualdad es tal, que resulta indiferente que el causante de dicha lesión haya podido perseguir ciertas finalidades.

Así, en tanto que, en el momento de decidir sobre qué conductas iban a estar prohibidas y cuales permitidas, la finalidad perseguida por el discriminador jugaba un papel secundario, se prohíben discriminaciones de diversa índole, que deben, sin embargo, sistematizarse para elegir los remedios a los que éstas darán lugar. Los motivos del discriminador afectarán de forma directa a las posibilidades de disuadirle de repetir esa actuación. Indirectamente los motivos podrán tener también un efecto sobre los daños que habrá que compensar.

aa) Remedios ante conductas discriminatorias basadas en la aversión del discriminador

Cuando la razón de dar un trato peor a determinadas personas es la aversión que el discriminador siente hacia éstas, parece razonable hablar de sanción. La dificultad asociada a sancionar una conducta de forma distinta en función de la motivación del causante son las dificultades de probar dicha motivación. Al hablar del régimen aplicable a la prueba planteaba algo de este orden. En todo caso, como muestran algunos de los casos que he puesto de ejemplo, la aversión, a veces, sale a la luz y se plasma en la forma que adopta la discriminación.

En tales supuestos, el intento de acabar con actitudes excluyentes contra ciertos miembros de una comunidad, legitimaría la adopción de medidas tendentes a garantizar la participación del discriminador en programas formativos. Se trataría de extrapolar al derecho antidiscriminatorio una medida que se ha puesto en práctica en el ámbito de la violencia de género, de forma satisfactoria.

> La Ley orgánica 1/2004, de Protección integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre, estableció en su artículo 33, una modificación del artículo 83.3.2 del Código Penal español, que en su redacción actual establece lo siguiente: “Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª”. A los efectos que aquí interesan el artículo 83. 5 reza: “En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal

> sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes: Participar en programas formativos […] de educación sexual y otros similares." Al respecto ELENA LARRAURI PIJOAN ha manifestado que la apuesta de la Ley 1/2004 debe valorarse de forma positiva, porque permite superar las críticas tradicionales a la pena. Lo que esta autora critica es el hecho de que el tratamiento no aparezca nunca como sanción única: "Esta opción no aparece justificada, a tenor de las recientes investigaciones que demuestran que el tratamiento como pena única puede ser eficaz, y presenta unos índice de reincidencia menores que otro tipo de penas[423]." ELENA LARRAURI PIJOAN tras un análisis pormenorizado de los estudios empíricos sobre la efectividad de ciertas penas concluye "[…] la condena a programas de rehabilitación presenta perspectivas más favorables demostradas cuando éstos se comparan con personas que han recibido otro tipo de pena, y demostradas cuando se establece como grupos de control personas que si bien han sido condenadas al programa, no han asistido[424]."

Conviene destacar, en lo que hace referencia a la reglamentación de los programas formativos, las conclusiones a las que se ha llegado a partir de la experiencia con éstos en los casos de violencia de género. ELENA LARRAURI PIJOAN destaca que, para que la obligación de seguir un tratamiento pudiera sostenerse como pena única, debe recordarse que "los programas de rehabilitación no están aislados, sino que forman parte de un contexto, de un "sistema de intervención". El tiempo que se tarda desde la condena hasta que se inicia el programa, así como la reacción al incumplimiento, son aspectos cruciales para que el programa "funcione". Atender a las necesidades de la víctima y que el resto de servicios sociales actúe correctamente es también decisivo para disminuir los índices de reincidencia[425]."

---

[423] LARRAURI PIJOAN (2007), *Criminología crítica y violencia de género,* pp. 106, 107.

[424] LARRAURI PIJOAN (2008), *Mujeres y sistema penal*, p. 159.

[425] LARRAURI PIJOAN (2007), *Criminología crítica y violencia de género,* p. 107.

bb) Remedios ante supuestos de discriminación estratégica

Cuando el comportamiento discriminatorio obedece a la persecución de intereses económicos por parte del discriminador, como pueden ser algunos casos de *catering other's aversion*, de discriminación estadística, de la repercusión de los costes del embarazo y la maternidad exclusivamente en las mujeres o incluso en la mayor parte de supuestos de discriminaciones indirectas no justificadas, las consecuencias jurídicas deberían centrarse en desincentivar al discriminador imponiéndole los costes que trataba de evitar con la conducta discriminatoria.

La idea de tener en cuenta los beneficios que obtiene el causante de un daño a efectos de determinar las consecuencias jurídicas de su infracción no es ajena ni al ordenamiento jurídico alemán, ni al español[426].

De hecho es conocida la solución adoptada por el Tribunal Supremo Federal (*BGH)* en el caso *Caroline-de-Mónaco*[427] de 5.12.1995, en el que el Tribunal, tuvo en cuenta las ganancias que obtenía la revista de la lesión del honor de la demandante para fijar el montante de la indemnización que debía pagársele[428].

---

[426] Ver también SALVADOR CODERCH/ RUÍZ GARCÍA (2001), *InDret,* que comentan la jurisprudencia alemana relativa a lesiones al derecho al honor, p. 6: "En los ***casos de medios de comunicación que lesionan dolosamente derechos de la personalidad*** para incrementar su circulación y beneficios, procede -dice el Tribunal- tener en cuenta el ánimo de lucro para graduar el importe de la indemnización."

[427] BGH, *NJW 1995*, pp. 861-865.

[428] Dice WAGNER (2000), *ZEuP*, p. 201, al hacer referencia a dicha sentencia: *"Anders als beim konventionellen Schmerzesgeld stehe hier nicht der Schadensausgleich, sondern die Genugtuung des Opfers im Vordergrund; vor allem aber solle der Rechtsbefehl „der Prävention dienen". Bei der Bemessung der zu zahlenden Entschädigung müsse deshalb berücksichtigt werden, dass das Persönlichkeitsrecht der Klägerin „als Mittel zur Auflagensteigerung" eingesetzt und damit zwangskommerzialisiert worden sei. Eine Abschöpfung der erzielten Gewinne komme zwar nicht in Betracht, die Entschädigung sei jedoch so*

> Los hechos que dieron lugar a la sentencia del Tribunal Supremo Federal *(BGH)* de 5.12.1995 fue la publicación de un artículo en la revista alemana *Bunte* en el que el autor explicaba que Carolina de Mónaco luchaba contra el cáncer. La verdad era, sin embargo, que Carolina de Mónaco nunca había padecido dicha enfermedad. Carolina de Mónaco interpuso una acción de cesación y de resarcimiento de los daños ante la Audiencia Territorial (*Landgericht*), que ésta estimó imponiendo el pago de una indemnización de 2.000 DM. La demandante interpuso un recurso de apelación ante el Tribunal Superior Territorial *(Oberlandesgericht)* de Hamburgo, que éste estimó aumentando la indemnización concedida a 30.000 DM. La recurrente interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) que fijó el montante de los daños a pagar en 180.000 DM.

El Tribunal Supremo Federal (*BGH)* era consciente de que en estos casos la obligación de resarcimiento del daño realmente sufrido por la víctima no tenía necesariamente que tener un efecto disuasorio sobre el causante del daño. La función compensatoria y la función preventiva del derecho de daños no se solapaban.

La imposición de los costes de no adoptar la conducta discriminatoria no debe necesariamente consistir en el pago de una indemnización a la víctima o una multa coercitiva, sino que puede llevarse a cabo obligando al discriminador a cesar en su conducta.

Aunque sacando a relucir los posibles excesos de ésta, PABLO SALVADOR CODERCH pone de relieve la eficacia preventiva de la acción de cesación:

> " […] desde el momento en que hacer cesar una actividad dañina puede ser mucho más gravoso para el agente de daños que imponerle una multa, un canon o una indemnización por el doble o el triple de los daños que su actividad causa, las razones que excluyen las indemnizaciones punitivas del Derecho civil deberían excluir también de su ámbito muchos supuestos de ejercicio de acción negatoria. […] La acción negatoria, indudablemente civil, es un instrumento cuyo ejercicio en el caso concreto puede

---

hoch anzusetzen, dass von ihr ein „echter Hemmungseffekt" für die unautorisierte Vermarktung der Persönlichkeit der Klägerin ausgehe."

> resultar mucho más devastador que una acción de daños punitivos[429]."

El mero hecho de exigir de una entidad bancaria que elabore unos nuevos criterios para la valoración de la solvencia de sus clientes, que no tenga un impacto negativo en minorías étnicas o en el colectivo de las mujeres, ya supone un remedio efectivo, proporcionado y disuasorio. Lo mismo ocurriría si se impusiera a las compañías aseguradoras la obligación de cesar en la utilización del sexo como indicador de riesgo, instándoles a que hicieran uso de otros más adecuados a pesar de que sean más costosos de determinar.

b) Los remedios a elegir atendiendo a los bienes jurídicos lesionados

Un elemento importante para la clasificación de los casos de discriminación es determinar los bienes jurídicos que está lesionando la conducta discriminatoria, que en muchos casos no sólo supone una violación del principio de no discriminación sino que afecta a otros valores.

Al comienzo de este trabajo he tratado de mostrar que uno de los aspectos más innovadores de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE consistía justamente en romper con la idea de que la igualdad no era un valor que debía respetarse en las relaciones entre particulares. He hecho hincapié en que la protección frente a la discriminación no podía quedar reducida, como sucedía en los ordenamientos nacionales hasta la transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, a la prohibición de aquellos supuestos en que se veían afectadas la dignidad, su dimensión social, la libertad de contratación o el orden público. En un primer momento era importante diferenciar para poder definir el fenómeno de la discriminación.

---

[429] SALVADOR CODERCH (1997) en, SALVADOR CODERCH Y CASTIÑEIRA PALAU , *Prevenir y castigar*, p. 173.

Ahora habrá que retomar los argumentos de los autores, que en el intento de reconducir la discriminación a otra cosa, sugerían cuándo una conducta discriminatoria ponía en peligro otros valores dignos de protección.

aa) La discriminación vejatoria o atentatoria contra el honor de la víctima

La discriminación conlleva en muchos casos una lesión al honor de la víctima. Algunos autores[430] y Tribunales han entendido que toda discriminación atentaba contra la dignidad de la víctima.

> Esta cuestión se planteaba en el caso de la sentencia del Tribunal Superior Territorial *(Oberlandesgericht)* de Frankfurt[431] a la que hacía referencia al poner el ejemplo de discriminaciones en el acceso a establecimientos abiertos al público, caso en el que el propietario de un restaurante había colgado un cartel en la puerta de su local con la siguiente inscripción "No se permite la entrada a turcos". El Tribunal Superior Territorial *(Oberlandesgericht)* de Frankfurt se pronunció de la siguiente forma: "En tanto que del cartel no se deduce la razón por la que los turcos no tienen acceso al local, no puede inferirse de éstos que en ellos los turcos sean tildados de miembros de segunda de la comunidad o que se ponga en tela de juicio su derecho a formar parte de esa comunidad. Los carteles no suponen un atentado al núcleo de la personalidad de los turcos. Los carteles implican únicamente una discriminación de los turcos que viven en la República Federal Alemana. Ésta no supone un atentado contra la dignidad[432]."

---

[430] SALZWEDEL (1964), *FS. f. Jahrreiss,* p. 249: *„Die Erkenntnis, dass das Diskriminierungsverbot einen Unterfall des Verbots der Verletzung von Persönlichkeitsrechten bildet, muss am Anfang jeder überlegung zur Drittwirkung stehen."* THÜSING (2003), *RdA,* p. 257: *„Die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote wurden sicherlich nicht geschaffen, gerade um die Effizienz des Arbeitsrechts zu erhöhen. Sie zielen vielmehr auf den Schutz der Menschenwürde: Die ungerechtfertigte Zurücksetzung bestimmter Personengruppen soll verhindert werden aus ethischen, nicht aus wirtschaftlichen Gründen."*

[431] OLG Frankfurt, 8.1.1985, *NJW 1985*, p. 1720.

[432] OLG Frankfurt, 8.1.1985, *NJW 1985*, p. 1721: *"Da sich aus den Schilderaufschriften nicht ergibt, warum Türken das Lokal nicht betretten dürfen, kann ihnen nicht entnommen werden, dass durch sie die Türken etwa zu unterwertigen Gliedern der Gemeinschaft erklärt werden*

Esta sentencia ha sido criticada por aquellos que han entendido que es justamente la idea de que todos los seres humanos tienen la misma dignidad, la que lleva a que nadie pueda ser discriminado[433]. La discriminación en sí misma supone un trato indigno. No es necesario, como parece exigir el Tribunal Superior Territorial *(Oberlandesgericht)* de Frankfurt, que el cartel explicite el móvil discriminatorio, el mero hecho de caracterizar a ciertas personas como turcos y no permitirles por eso la entrada en un local, está poniendo de relieve una aversión, una desvalorización incompatible con la dignidad de la persona.

El Tribunal Bávaro Superior Territorial *(OLG)* de Munich, sostiene, en esta misma línea, que todo rechazo injustificado a contratar, cuando existe la apariencia de estar dispuesto a contratar con cualquiera, supone, un juicio negativo de valor sobre la persona rechazada. Si el cliente se da cuenta de que las razones que se le están dando para no dejarle entrar en el local son un pretexto, se puede entender que está siendo humillado.

> El acusado, propietario de una discoteca, dio la orden al portero de que no dejara entrar a clientes afroamericanos en su local y le dio instrucciones de que les negara el acceso educadamente y aduciendo que no había sitio en el local. Una noche el portero denegó al acceso a un soldado americano y un estudiante afroamericano, el portero no les dejó entrar diciéndoles primero que se trataba de un club privado y ante sus repetidas preguntas admitiendo que no podía dejarles entrar. El AG condenó al acusado por injurias. El condenado interpuso un recurso que fue admitido por el LG que le absolvió. El Tribunal Bávaro Superior Territorial *(BayObLG)* de *München* estima el recurso[434]: "Si el propietario de un local abierto al público puede decidir libremente sobre los clientes que admite, en tal caso, aquel que no es admitido no puede sentirse ofendido, si los criterios no son arbitrarios. Esta argumentación estaría ignorando aspectos

---

oder ihr Lebensrecht innerhalb der Gemeinschaft bestritten wird. Die Türken wurden daher durch die Schilderaufschriften nicht im Kernbereich ihrer Persönlichkeit getroffen. Die Schilderaufschriften stellen ein blosse Diskriminierung der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Türken dar. Eine solche ist noch kein Angriff auf die Menschenwürde."

[433] LOHSE (1985), *NJW*, p. 1679.

[434] BayObLG, 7.3.1983, *NJW 1983*, p. 2040.

> importantes. Pues, a pesar de la existente libertad de contratación, es innegable que el hecho de no ser admitido en un local sin razón justificada, no sólo es desagradable sino que puede llegar a constituir una humillación. Aquél que abre un local abierto al público, da a conocer que acepta en principio a cualquiera. En tanto que está interesado en tener el local lleno, parece que sus reservas deben ser de peso si está dispuesto a renunciar a sus intereses económicos. Por eso en tales circunstancias el rechazo supone un juicio de valor negativo sobre la persona. Y aunque es cierto que en este caso se buscó no herir al cliente, aduciendo que el local estaba lleno también lo es que existe un menosprecio del cliente si éste adivina que se trata de un pretexto[435]."

Mucho más convincente me parece la idea de aquellos que entienden que son ciertas circunstancias las que convierten una conducta discriminatoria en un trato vejatorio. Algunos autores proponen como indicadores de que la discriminación es vejatoria el hecho de que de la circunstancia que motiva la discriminación sea inmodificable, que ésta haya sido utilizada históricamente para determinar el status de las personas, el

---

[435] BayObLG, 7.3.1983, *NJW 1983*, p. 2041: *"Wenn es, […], dem Inhaber eines öffentlichen Lokals nach der Rechtsordnung freigestellt ist, seine Gäste in freier Entscheidung auszuwählen, […] dann kann derjenige der aufgrund so zustandegekommener Auswahl vom Lokalbesuch in höflicher Form ausgeschlossen wird, jedenfalls dann nicht in seiner Ehre getroffen werden, wenn die Auswahlkriterien nicht willkührlich bestimmt worden sind. Eine solche Gedankenführung liesse aber jedoch nach Auffasung des Senats wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt. Trotz Vertragsfreiheit ist es nicht nur ein unfreundlicher Akt, sondern kann es eine Herabsetzung bedeuten, wenn einer einzelnen Person oder einer Personengruppe ohne erkennbaren sachlichen Grund […] der Abschluss von Geschaften verweigert wird, die mit den übrigen Personen ohne erkennbare Einschränkung getätigt werden. Wer ein öffentliches Lokal betreibt, bringt damit der Allgemeinheit gegenüber zum Ausdruck, dass grundsätzlich jeder als Gast willkommen sei. […] Da der Gastwirt an regem Besuch interessiert ist, müssen, […] seine Vorbehalte ein solches Gewicht haben, dass sie es ihm geboten oder ratsam erscheinen lassen, […] geschäftliche Interessen zurücktreten zu lassen. Die Zurückweisung bedeutet deshalb unter solchen Voraussetzungen ein negatives Werturteil über die abgewiesene Person. […] Zwar sollte hier durch die Erweckung des Anscheins fehlender Aufnahmemöglichkeiten der Eindruck einer kränkenden Abweisung vermieden werden. Die erforderliche Kundgabe einer Missachtung oder Geringschätzung ist aber vorhaden, wenn de Vorwand durchschaut und die Ausnahmebehandlung erkannt wird."*

carácter observable de la discriminación[436], el que el discriminador que señaliza su predisposición de contratar con cualquiera se niegue a hacerlo con la víctima[437].

De estos criterios creo que habría que desechar algunos que a pesar de tener importancia y deber ser tenidos en cuenta, no determinan en realidad que la discriminación se convierta en vejatoria. La naturaleza de inmodificable de la circunstancia no puede servir como criterio de distinción puesto que sólo están prohibidas aquellas discriminaciones basadas en atributos inmodificables. Toda discriminación debiera ser considerada vejatoria. El que el criterio discriminatorio haya sido utilizado históricamente para determinar el status de la persona puede tener una incidencia en el grado de afectación de la igualdad de la víctima pero no determina que puede considerarse afectada también la dignidad. Toda nueva conducta discriminatoria incide en esa situación de marginación ya dada y acentúa la exclusión ya existente. Lo que sí me parece determinante es el carácter observable de la conducta discriminatoria y la forma en que la motivación se expresa.

Habrá que estar al caso concreto, pero puede afirmarse de forma general que ni el supuesto expresamente prohibido de repercusión de los costes del embarazo en las mujeres, ni las discriminaciones indirectas serán, en principio, vejatorias. Los casos de discriminación estadística tampoco parecen cumplir los requisitos necesarios para que pueda considerarse lesionado el honor de la víctima.

---

[436] ALFARO ÁGUILA-REAL (1993), *ADC,* p. 118.

[437] PICKER (2004), *Karlsruher Forum*, p. 28*: "Die Diskriminierung von Einzelnen oder von Gruppen fordert damit immer dort über die gesellschaftliche Ächtung hinaus auch rechtliche Abwehr, wo sie sich als Ausdruck einer Haltung bekundet, die dem anderen die Gleichwertigkeit als Person bestreitet. Sie verlangt immer dort Sanktionen, wo jemand in seiner Gleichrangigkeit als Mitglied der Rechts- und Sozialgemeinschaft in Frage gestellt wird, wo man ihm letzlich also die Gleichwürdigkeit abspricht: In diesen Fällen stellt die Zurücksetzung eine Herabsetzung dar."*

En los casos en que la conducta del discriminador sea vejatoria, el derecho de la antidiscriminación deberá garantizar a la víctima, por un lado la compensación de los daños patrimoniales e inmateriales que suponga la lesión al derecho a la igualdad y por otro habrá que compensarla del daño moral asociado a la lesión del honor.

(1) Indemnización por el daño moral sufrido

La reparación de los daños morales sufridos, mediante el pago de una cantidad pecuniaria a la víctima, cumple tanto una función compensatoria como preventiva[438] y debería por tanto garantizarse si desea cumplirse la exigencia europea de que el remedio adoptado sea efectivo, proporcionado y disuasorio.

Sin ir más lejos, la Asamblea General de las Naciones Unidas en una Resolución dictada el 21.3.2006 que adoptaba los *"Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law"***,** recomienda a los Estados la indemnización pecuniaria no sólo de los daños patrimoniales sino también del daño moral.

> *"Artículo 20. Compensation should be provided for any economically assessable damage, as appropriate and proportional to the gravity of the violation and the circumstances of each case, resulting from gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, such as:*
> ***(****d) Moral damage"*

[438] En la doctrina española también se pronuncian recientemente en favor de la indemnización del daño moral: SOLÉ I FELIU (2009), *Indret 1/09,* p. 29*:* "El análisis realizado hasta el momento nos lleva a defender, como regla general, la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento contractual. Esta solución, que no plantea dificultades graves en aquellos ordenamientos jurídicos que, como el francés o el español, adoptan una perspectiva flexible en relación con el daño indemnizable, resulta más problemática en ordenamientos que, como el inglés o el alemán, adoptan un enfoque restrictivo en relación con el daño susceptible de indemnización."

Como GERHARD WAGNER pone de relieve, incluso la adopción de la versión económica del principio de compensación exige de la reparación de todos los daños derivados de un hecho dañoso, independientemente de su naturaleza pecuniaria o inmaterial[439].

> "Uno de los prejuicios más habituales contra la ciencia económica consiste en la convicción de que para ésta sólo cuentan el dinero o los bienes materiales, mientras que no tiene en cuenta los bienes inmateriales. En realidad lo contrario es lo correcto, el punto de vista económico censura toda diferenciación entre daños patrimoniales y no patrimoniales[440]."

La propuesta de FERNANDO GÓMEZ POMAR, que defiende que "el causante potencial de daños debe pagar por *todos* los daños patrimoniales *y* morales, pero que, en cambio, su víctima sólo deberá cobrar una indemnización por el importe de los primeros"[441], trata de dar respuesta al hecho de que la persona que sufre un daño moral no estaría dispuesta *a priori* a asegurar el riesgo de padecer dicho daño:

> "Porque la indemnización del daño moral equivaldría a garantizar a la víctima un seguro cuyo precio –el importe de las primas- ésta no estaría dispuesta a pagar en prácticamente ningún caso: antes del accidente, la víctima potencial no se aseguraría contra el riesgo de sufrir un daño moral, pues un seguro de esta índole supondría transferir renta de un estado actual –de salud, por ej.- en el que el dinero se valora más a otro en el que se valora

---

[439] WAGNER (2006), *AcP*, p. 460; SHAVELL (2004), *Foundations of Economic analysis of Law*, p. 242: "*Because both pecuniary and nonpecuniary losses reduce social welfare, it is clear that parties will be led to act appropriately under liability rules only if damages equal the sum of pecuniary and nonpecuniary losses. If damages do not fully reflect nonecuniary losses, parties' incentives to reduce risks may be inadequate*."

[440] WAGNER (2006), AcP, pp. 460-461: *"Es ist einer der gängigsten Vorurteile gegen die Wirtschaftswissenschaft, dass sie nur Geld bzw. nur materielle Güter zählten, während immaterielle Schutzgüter in den angestellten Rechnungen keine Berücksichtigung fänden. In Wahrheit ist das Gegenteil richtig; aus ökonomischer Sicht verbietet sich jede Differenzierung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden."*

[441] GÓMEZ POMAR (2000), *InDret 1/00,* p. 5.

> menos porque, por hipótesis, tras el accidente, el dinero rendirá menos utilidad que antes."[442]

El problema de esta solución es el peligro que ésta entraña de que las víctimas no tengan incentivos para acudir a los Tribunales y, por tanto, las infracciones del derecho de la antidiscriminación quedaran impunes. Los daños patrimoniales asociados a ciertas violaciones de las prohibiciones de discriminación son prácticamente inexistentes, con lo que lo único que podría alentar a la víctima a acudir a los Tribunales, es la indemnización de los daños morales.

(2) La disculpa a la víctima

Pero la compensación de los daños morales no debería agotarse en el pago de la indemnización a la víctima, es necesario adoptar otros remedios no pecuniarios, que completan la protección de la víctima y son centrales en la realización efectiva de la finalidad de inclusión perseguida por el derecho de la antidiscriminación.

> SHELTON pone de relieve algo, que merece la pena destacar: *"Monetary compensation that tolerates the wrong and allows the perpetrator to buy injustice is not appropriate where inalienable rights are concerned. It contravenes notions of human rights to reduce them to a "series of propositions assuring the payment of money to the victims."*[443]

Así, garantizar la disculpa por parte del discriminador a la víctima supone un paso importante en el acercamiento de dos sujetos, cuya distancia puede muy bien deberse al desconocimiento y los prejuicios. En nombre de algo que ELENA LARRAURI PIJOAN llama justicia restauradora[444] y yo prefiero llamar justicia participativa, esta autora saca a la luz la importancia de poner en contacto a la víctima y al discriminador. Por una parte para la víctima, a la que se

---

[442] GÓMEZ POMAR (2000), *InDret 1/00,* p. 4.

[443] SHELTON (2000), *Remedies in international human rights law*, p. 305.

[444] LARRAURI PIJOAN (2008), *Mujeres y sistema penal*, pp. 220-238.

concede mayor protagonismo y a la que se garantiza la posibilidad de ser escuchada, si lo desea. Por otra parte para el discriminador, puesto que el trato con la víctima puede contribuir a que adopte otro punto de vista y cambie de actitud. Para ello es importante que el discriminador perciba el remedio como algo justo.

También en el ámbito de la protección de los derechos humanos DINAH SHELTON insiste en la importancia que la adopción de remedios simbólicos puede tener para la víctima:

> *"The awards of symbolic reparations are important in demonstrating a concern with the reputation of the victims. […] Suspicions that the victim "deserved" the treatment they received can harm them and their families even in the best circumstances. In Suarez Rosero v. Ecuador, the applicant, the first to testify in person before the Court, emphasized the importance of the restoration of his dignity, reputation and rights through an exculpatory official declaration or judgement. He offered evidence from his therapist of the importance of vindication and recognition of his dignity*[445]*."*

La idea de asignar también un lugar importante a remedios como la disculpa a la víctima, se vería abalada por los *"Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law"* elaborados por las Naciones Unidas, que en su artículo 22 preven:

> *"22. Satisfaction should include, where applicable, any or all of the following:*
> *(e) Public apology, including acknowledgement of the facts and acceptance of responsibility"*

[445] SHELTON (2000), *Remedies in international human rights law*, p. 302.

bb) Las negativas a contratar limitativas de la libertad de contratación positiva de la víctima y la obligación de vender o prestar

Como he mostrado ya desde un principio en este trabajo, la conducta discriminatoria toma en ocasiones la forma de una negativa a contratar con personas que reúnen ciertos atributos. Así, en el acceso a locales y establecimientos abiertos al público, el dueño que los regenta puede negar la entrada a un potencial cliente por razón de su etnia. Los inmigrantes tienen dificultades para acceder a una vivienda debido a que un número significante de arrendadores se niegan a contratar con ellos. Las compañías aseguradoras rechazan también a personas pertenecientes a minorías étnicas como tomadores de seguros de automóvil obligatorio. La Comisión Europea ponía asimismo de relieve las negativas de las entidades bancarias a conceder hipotecas a mujeres embarazas o a trabajadores a tiempo parcial.

Los casos de negativas a contratar son especialmente difíciles de resolver para los ordenamientos nacionales, en los que la garantía de la libertad de contratación incluye como pieza fundamental el derecho a elegir a la otra parte contratante.

> "La contradicción más excitante es la existente entre la obligación de contratación por un lado y la libertad de contratación como un elemento central de la autonomía privada y con ello del ordenamiento jurídico privado, por otro. En el ordenamiento jurídico actual encontramos limitaciones de la libertad de contratación de gran alcance y en diversas manifestaciones, limitaciones que se han dado siempre. La obligación de contratación no sólo limita la libertad de contratación sino que justamente la niega[446]."

[446] BYDLINSKI (1980), *AcP*, p. 4: *"Der aufregendste Wiederspruch ist […] jener der zwischen dem Kontrahierungszwang einerseits und der Vertagsfreiheit als einem zentralen Element der Privatautonomie und damit der Privatrechtsordnung andererseits besteht. Beschränkungen der Vertragsfreiheit, auch sehr weitgehende Beschränkungen, sind freilich immer vorhanden gewesen und in der heutigen Rechtsordnung in grossem Umfang und in vielfältigen Erscheinungsformen zu finden. Der*

Sin embargo, en determinadas constelaciones, la idea de imponer a un oferente de bienes o servicios la obligación de vender o prestar no resulta ajena ni al ordenamiento jurídico alemán ni al español. Como he indicado en el capítulo primero de este trabajo, existen ya supuestos en los que dichos ordenamientos expresamente prevén esa posibilidad.

La obligación de prestar o vender se fundamenta básicamente en el derecho de todo individuo a acceder a ciertos bienes de primera necesidad, como son el suministro eléctrico o el gas. Estos servicios suelen prestarse en régimen de monopolio con lo que una negativa a prestar supone vedar totalmente el acceso a esos bienes de primera necesidad. En el mismo orden de ideas, una asociación que se encuentre en régimen de monopolio, no podrá negar el ingreso en ésta a alguien por motivos discriminatorios. En tales circunstancias los tribunales españoles imponen la obligación a la asociación de admitir al solicitante como miembro.

Siguiendo con este razonamiento en aquellos casos en que la conducta discriminatoria en el acceso a bienes y servicios ponga en peligro dicho acceso, porque la víctima de la discriminación carece de alternativas en el mercado, la imposición al oferente de la obligación de vender o prestar es el único remedio que permite proteger al sujeto discriminado.

DAGMAR SCHIEK defiende la imposición de una obligación de contratación, frente a la crítica de que ésta limita excesivamente la libertad contractual negativa del oferente, apelando justamente a la función que este remedio tiene como garantía de la libertad de contratación positiva de la víctima de la discriminación[447]. La autora entiende que la

---

Kontrahierungszwang beschränkt nicht bloss die Vertragsfreiheit, er negiert sie geradezu.“

[447] *“Die verfassungsrechtlich garantierte Handlungsfreiheit umfasst nicht nur die negative Handlungsfreiheit, also die Freiheit, nicht handeln zu müssen, sondern auch die positive Handlungsfreiheit, also die Freiheit handeln zu können. Diese Freiheit ist gerade in bezug auf Personen, denen Minderheitenstatus oder Weiblichkeit askribiert wird, aufgrund gesellschaftlicher Diskriminierung eingeschränkt“.*

libertad no abarca tan sólo la libertad negativa –el derecho a no actuar– sino que también persigue la libertad positiva, la facultad de hacer. Aquellos sujetos que por pertenecer a una minoría étnica o tener un determinado sexo son excluidos y no tienen la posibilidad real de participar en la vida económica, en el consumo, no gozan de libertad real. En tanto que la obligación de contratación estaría velando por la consecución del disfrute, en igualdad de condiciones de la libertad, no podría objetarse a la adopción de este remedio, que entra en conflicto con dicho valor.

> JAN BUSCHE[448] ha manifestado sus dudas respecto de la efectividad de la obligación de contratación como remedio, porque ha entendido que el discriminado ya no podía tener ningún tipo de interés en contratar con aquel que le excluía. Las tensiones existentes entre discriminador y discriminado hacían inviable un vínculo contractual. La respuesta a JAN BUSCHE, que asume que la víctima de la conducta discriminatoria lo que pretende es que se le compense por el atentado a la dignidad que ha sufrido es que su visión es reduccionista. Parece partir tan sólo de ciertas constelaciones, aquellas en que la discriminación y el trato vejatorio se solapan.

[448] BUSCHE (2006), *Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen,* en LEIBLE/SCHLACHTER (ed.): „Diskriminierungsschutz durch Privatrecht“, pp. 174, 175.

E. Capítulo Tercero: las transposiciones alemana y española de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

I. Introducción a las transposiciones alemana y española de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

1. Introducción a la transposición alemana: La Ley general de igualdad de trato *(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)*

El 18 de agosto de 2006, entró en vigor la Ley para la transposición de Directivas europeas para la realización del principio de igualdad de trato (*Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung)*.

La ley para la igualdad de trato alemana fue el resultado de un proceso legislativo muy largo debido, en parte, al carácter controvertido de la materia que trataba de regular y, en parte, a circunstancias políticas inesperadas. Ya desde el año 2001, se venía discutiendo sobre la transposición de la Directiva 2000/43/CE. Pero la falta de acuerdo entre los partidos políticos llevó al incumplimiento de los plazos de transposición que dicha Directiva fijaba. Cuando, a finales del 2004, los parlamentarios que conformaban la coalición de la SPD y los verdes, que estaba en el gobierno presentaron un Proyecto de Ley de transposición de las Directivas, su tramitación parlamentaria tuvo que ser suspendida debido a la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria de nuevas elecciones. No se retomó la tramitación de la ley hasta mayo de 2006 cuando el Gobierno remitió el Proyecto de Ley al Senado (*Bundesrat*) con la indicación de que lo tramitara con especial urgencia.

Finalmente, el 29 de junio de 2006, el Congreso (*Bundestag)* aprobaba la Ley para la transposición de Directivas europeas para la realización del principio de igualdad de trato (*Gesetz*

zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung), cuyo núcleo es la Ley general de igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz,* en adelante *AGG*).

El legislador alemán se ha alejado en la técnica de transposición de la forma de proceder del español, que decidió transponer las Directivas 2000/43/CE y la 2004/113/CE, por separado. La Ley general de igualdad de trato (*AGG)* no se limita a incorporar ambas Directivas, prohibiendo en el acceso a bienes y servicios, las discriminaciones por motivos de origen étnico o por razón de sexo, persigue un objetivo más ambicioso: establecer el régimen aplicable en ese ámbito a toda discriminación ocurrida por motivos de origen étnico o de sexo, religión, discapacidad, edad u orientación sexual.

Ese intento ha llevado a que la ley alemana, en algunos puntos, se limite a reproducir el tenor de las Directivas 2000/43/CE y la 2004/113/CE, en otros, llene los márgenes de discrecionalidad que las Directivas dejaban y en otros supere el grado de protección al que los instrumentos europeos obligaban, generando un derecho de antidiscriminación propio[449].

2. Introducción a la transposición española: la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de 2003 y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de 2007

Por una opción diferente se ha decidido el legislador español, que como decía, ha incorporado la Directiva 2000/43/CE y la 2004/113/CE, en leyes distintas.

La Directiva 2000/43/CE ha sido introducida en el ordenamiento español, mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (en adelante Ley 62/2003), que dedica la sección 2ª de

[449] SCHWAB (2006) *DNotZ*, p. 651; ARMBRÜSTER (2005), *ZRP*, p. 41; CERDÀ MARTÍNEZ-PUJALTE (2009), *Revista de Derecho Privado*, p. 104.

su capítulo 3º a lo que llama “Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas”.

La Directiva 2004/113/CE ha sido incorporada mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante Ley Orgánica 3/2007) que nació, en palabras del propio legislador, “con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre hombres y mujeres”.

Aunque la Ley Orgánica 3/2007 en algunos ámbitos ha superado el grado de protección impuesto por el derecho comunitario, esto no ha sido el caso en la regulación del acceso a bienes y servicios disponibles al público. Aquí, el legislador español se ha limitado a copiar casi textualmente las disposiciones de la Directiva 2004/113/CE, ignorando que se trata de un instrumento que, a diferencia del Reglamento comunitario, pretende establecer directrices pero ni quiere, ni debe, regular la materia detalladamente.

Mientras en el caso del legislador alemán, el problema es que, como ilustraré por medio de ejemplos concretos, sus intentos de adaptar las obligaciones provenientes del ordenamiento europeo a su sistema jurídico nacional han llevado en ocasiones a incompatibilidades con las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE en el caso español la parquedad de la regulación no aporta al aplicador de la norma datos suficientes para resolver los casos que se plantean.

II. El concepto de discriminación en la Ley general de igualdad de trato (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), en la Ley 62/2003 y en la Ley Orgánica 3/2007

1. Introducción al concepto de discriminación en la Ley general de igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) en la Ley 62/2003 y en la Ley Orgánica 3/2007

El legislador alemán y el español al cumplir sus obligaciones para con el derecho comunitario, han seguido muy de cerca la definición de discriminación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE. En tanto que ambos legisladores han incorporado de forma muy similar los conceptos de discriminación directa e indirecta y ambos tienen un mismo origen en el derecho europeo, analizaré la transposición alemana y española conjuntamente. Ese tratamiento simultáneo tiene dos ventajas. La primera es que permite evitar repeticiones. Además, saca a la luz la posibilidad de hacer fructíferas, con salvedades, las decisiones judiciales recaídas en un ordenamiento a efectos de concretar el concepto contenido en el otro. Como los pronunciamientos jurisprudenciales tienen algo de contingente, tener en cuenta los casos que se han planteado en otro ordenamiento, puede ayudar a combatir las desventajas de dicha contingencia. Haré, sin embargo, hincapié en las diferencias que ponen de manifiesto la implementación alemana y española.

En muchos de los casos presentados en este capítulo se trata de conductas discriminatorias acaecidas en el ámbito laboral. Esto obedece a que hay muy pocos pronunciamientos judiciales sobre conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios. Los conceptos de discriminación directa e indirecta no varían, sin embargo, en función de las relaciones a las que se aplica la prohibición de discriminación. Por eso, he partido de la jurisprudencia laboral, para hacer extensiva, en la medida de lo posible, la

experiencia en reconocer comportamientos discriminatorios en el empleo, al acceso a bienes y servicios.

2. Las disposiciones aplicables de la Ley general de igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) de la Ley 62/2003 y de la Ley Orgánica 3/2007

La Ley general de igualdad de trato (*AGG*) recoge, en su § 3, el concepto de discriminación inmediata y mediata, que equivalen a la discriminación directa y a la indirecta[450]:

> *§ 3 (1) AGG Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor.*
>
> "Hay discriminación inmediata en aquella situación en la que una persona, por una de las razones previstas en el § 1 AGG[451], es tratada de una forma menos favorable de lo que otra es, ha sido o sería tratada en una situación comparable. El supuesto en el que se dispensa a una mujer un trato menos favorable por el hecho de estar embarazada o por maternidad constituye también una discriminación inmediata."
>
> *§ 3 (2) AGG Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt*

[450] En el trabajo, a efectos de homogeneizar y utilizar una terminología coherente, hablaré de discriminación directa para referirme a la discriminación inmediata y usaré el término discriminación indirecta cuando haga alusión a la discriminación mediata.

[451] Cabe aquí recordar una diferencia importante entre la transposición alemana y española, consistente en que la *AGG* se aplica a toda discriminación acaecida por motivos de origen étnico o de sexo, religión, discapacidad, edad u orientación sexual.

und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

"Hay discriminación mediata cuando disposiciones, criterios o procedimientos aparentemente neutrales puedan poner a ciertas personas, por una de las razones previstas en el § 1, en desventaja particular respecto de otras personas, salvo que las disposiciones, criterios o procedimientos en cuestión estén objetivamente justificadas por una finalidad legítima y los medios elegidos para la realización de dicha finalidad sean adecuados y necesarios."

La Ley Orgánica 3/2007 establece a su vez:

"Artículo 6. *Discriminación directa e indirecta.*

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo."

El art. 28 b de la Ley 62/2003 define la discriminación directa e indirecta por origen étnico del siguiente modo:

"Discriminación directa: cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico [...]". Será discriminación indirecta, de acuerdo con el Art. 28 c, "cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico [...]".

3. El concepto de discriminación directa de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*), de la Ley 62/2003 y de la Ley Orgánica 3/2007

La discriminación directa consiste, pues, en el hecho de tratar a una persona, que se encuentra en una situación comparable a otra, de forma menos favorable por reunir una de las características previstas en la ley.

a) Primer elemento del supuesto de hecho: el trato menos favorable del que es objeto la víctima de discriminación

El primer elemento del supuesto de hecho de la discriminación directa es el trato menos favorable de que es objeto la víctima de discriminación.

aa) El riesgo de ser objeto de un trato menos favorable no es suficiente

La transposición española, apoyándose en el tenor de la Directiva 2004/113/CE que transpone, equipara el peligro de sufrir discriminación a la discriminación efectivamente ocurrida. El art. 6.1 de la Ley Orgánica 3/2007 recoge como un supuesto de discriminación directa "la situación en que se encuentra una persona que […] pudiera ser tratada en atención a su sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable".

Parece que no sea necesario que se haya dado un trato menos favorable, sino que basta con que exista el riesgo de que éste pueda darse. La definición española de la discriminación va aquí mucho más lejos que la alemana, que exige que la víctima haya sufrido efectivamente una conducta discriminatoria.

Si interpretamos el precepto literalmente, el legislador español estaría sancionando una conducta meramente hipotética, que no ha tenido lugar. Eso podría llevar a que el

demandado tuviera que responder de un comportamiento inexistente, indemnizando un daño que no se ha producido. No parece, sin embargo, que el legislador persiguiera realmente este resultado, sino que lo más probable es que dicha definición obedezca a un error en la propia Directiva 2004/113/CE. Ésta, en su versión española, establece en su artículo 2 a, de forma un tanto equívoca que debe entenderse por discriminación directa:

> "la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en situación comparable, por razón de sexo."

Si comparamos dicha definición con la contenida en las versiones inglesa y francesa de la misma Directiva 2004/113/CE, podemos observar que éstas establecen algo distinto:

> *"When one person is treated less favourably, on grounds of sex, than another is, has been or would be treated in a comparable situation."*
>
> *"La situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a eté ou ne le serait dans une situation comparable."*

Podemos interpretar la diferencia en el tenor de la versión española de la Directiva como un error de traducción. Deberemos reducir teleológicamente la definición de discriminación directa, que sólo podrá ser aplicada a aquellos supuestos en que se ha dado efectivamente un trato menos favorable.

bb) El trato menos favorable en procesos de selección

En el caso de decisiones adoptadas en procesos de selección, se da un trato menos favorable, por el mero hecho de no haber tenido en cuenta a la víctima al tomar la decisión, bien porque se la excluye de antemano, como sucedía en el asunto *Draehmpaehl c. Urania*

Immobilienservice OHG (STJCE de 22.4.1997, As. 180/95) o porque no se lleva a cabo una selección real.

Como queda claro en dicho asunto, a efectos de determinar si nos hallamos ante una conducta discriminatoria, es irrelevante que la víctima no hubiera sido de todas formas contratada porque otros candidatos estaban mejor cualificados. Este último aspecto afectará al daño sufrido por la víctima pero no al hecho de que se haya dado una conducta discriminatoria, que consiste sencillamente en la barrera al acceso.

Esta interpretación se ve sustentada por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en el asunto *Centrum loor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding c. Firma Feryn NV.* (STJCE de 10.7.2008, As. 54/07).

> Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron las siguientes afirmaciones de *Feryn NV,* que tras anunciar una oferta de trabajo, declaró públicamente: “Debo cumplir las exigencias de mis clientes. Si usted me dice: 'quiero tal producto o quiero esto o lo otro', y yo le digo 'yo no lo hago, envío a mis empleados', usted dirá 'no quiero su puerta'. Terminaría por cerrar mi negocio. Debemos responder a las exigencias de los clientes. Ése no es mi problema. Yo no he creado este problema en Bélgica. Quiero que la empresa funcione y que al final del año alcancemos nuestro volumen de negocios, y ¿cómo lo consigo? [...] ¡Debo alcanzarlo adaptándome a los deseos del cliente!” A raíz de estas declaraciones, el *Centrum loor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding,* organismo belga designado para promover la igualdad de trato, solicitó a los órganos jurisdiccionales belgas del orden social la declaración de que *Firma Feryn NV* aplicaba una política de contratación discriminatoria. El Tribunal de Primera Instancia de lo Social de Bruselas desestimó la demanda. El Tribunal de apelación de lo Social de Bruselas, que conocía del recurso, planteó al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales, entre ellas si las declaraciones realizadas por *Feryn NV* podían ser consideradas una discriminación directa.

El Tribunal de Justicia afirmó que “el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, lo que evidentemente puede disuadir firmemente a determinados

candidatos de presentar su candidatura y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo, constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido de la Directiva 2000/43/CE." [452]

(1) Especial mención a las ofertas discriminatorias

Esto implica que las ofertas deben ser neutrales respecto del sexo y el origen étnico de los destinatarios.

Las ofertas discriminatorias de empleo están expresamente prohibidas en el ordenamiento español por el art. 22 bis ap. 2 de la Ley 56/2003 de Empleo de 16 de diciembre de 2003. Dicho artículo fue añadido a la ley por la disposición adicional decimoséptima de la Ley orgánica 3/2007.

La norma establece expresamente que "[…] se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar."

Esta prohibición expresa se inspira en la Directiva 2002/73/CE, responde a una petición doctrinal[453] y pone fin a una situación poco clara al respecto, como muestran las siguientes sentencias contradictorias:

> La sentencia del TSJ de Cataluña de 8.3.1999 (RJCA 1999\2552; MP: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat) consideró que el mero hecho de publicar una oferta discriminatoria no suponía un atentado contra la prohibición de discriminación. Los hechos que dieron lugar a la sentencia fue la publicación de una oferta de

[452] *Centrum loor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding c. Firma Feryn NV.* (STJCE de 10.7.2008), apartado 25.

[453] AYALA DEL PINO (2005), *Saberes*, p. 23.: "En este sentido, la discriminación puede incidir directamente en el momento previo de la convocatoria al acceder al empleo. De hecho, la oferta de trabajo no puede ser discriminatoria en este momento, ya que si lo fuera posibilitaría una restricción a dicho acceso. Por ello, a fin de evitar una posible discriminación debe prohibirse la mención al sexo de la persona en las ofertas de empleo"

> trabajo en "la Vanguardia" en la que se usaba la expresión "chico libre de servicio militar". El TSJ de Cataluña entendió que la empresa no había atentado contra la prohibición de discriminación y argumentó de la siguiente forma: "La utilización del género masculino en abstracto, para identificar el puesto de trabajo, que puede tacharse de irregular desde la perspectiva lingüística, como reconoce la representación de la empresa recurrente en sede administrativa, no evidencia intención de discriminar a aquellas personas del sexo femenino que pretendan acceder a desempeñar ese puesto de trabajo en la empresa, ni la mención de la expresión "chico libre de Servicio militar" deriva inmediatamente en la exclusión de las mujeres de la oferta de empleo. Y debe revelarse que el anuncio no fue comprendido revelando elementos discriminatorios ni por la empresa ni por el agente publicitario, que procedió a su redacción, ni por sus destinatarios, ya que personas de sexo femenino presentaron sus candidaturas y fueron convocadas a las pruebas de selección para cubrir dicho puesto de trabajo."

El Tribunal razona de forma equivocada, porque parte de la necesidad de una intención de discriminar de la que las leyes aplicables[454] claramente prescindían. Sin embargo, el aspecto decisivo resulta ser, el que la oferta no ha producido un efecto discriminatorio, como muestra el hecho de que también algunas mujeres presentaran sus candidaturas y fueran invitadas al proceso de selección.

> En un sentido distinto la sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 13.6.1997 (RJCA\1997\2105; MP: José Joaquín Díaz de Aguilar y Elizaga): Los hechos que dieron lugar a la sentencia fue la sanción impuesta por la Delegación Provincial de Las Palmas a una empresa por publicar en un periódico una oferta de empleo con el requisito de la condición de varón. El TSJ entendió que la empresa había infringido la prohibición de discriminación por razón de sexo pero estimó el recurso y anuló la resolución impugnada sustituyendo la multa impuesta por una advertencia.

---

[454] "Artículo 28 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

Infracciones muy graves.

2. Establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado."

En el ordenamiento alemán, la Ley general de igualdad de trato *(AGG)* prohíbe asimismo las ofertas discriminatorias de empleo en su § 11 *(AGG),* que establece lo siguiente.

„§ 11 (AGG)Ausschreibung
Ein Arbeitsplatz darf nicht unter Verstoβ gegen §7Abs. 1 ausgeschrieben werden.“

“§ 11 (AGG) Convocatoria
Un lugar de trabajo no debe ser ofertado contraviniendo el § 7. Ap. 1.”

Aunque no existe una prohibición equivalente de las ofertas discriminatorias en el ámbito del acceso a bienes y servicios, considero que la solución debe ser la misma que la adoptada para las ofertas de empleo. En el sector de la gastronomía o en las ofertas de arrendamiento de viviendas es una práctica habitual la exclusión de determinados colectivos del círculo de destinatarios.

El mero hecho de formular una oferta en términos discriminatorios, debería ser suficiente para considerar que se ha infringido la prohibición de discriminación. Otra cuestión distinta sería la determinación de las consecuencias jurídicas, que deba tener dicha infracción. En la medida en que ciertas acciones, como la de compensación de daños están dependiendo de que se haya producido una afectación real de una víctima concreta, sólo nacería dicha acción, si la oferta discriminatoria hubiera causado efectivamente perjuicios. En todo caso, la oferta discriminatoria daría lugar a la imposición de las sanciones administrativas.

Pero que se impone la necesidad de distinguir entre la infracción de la prohibición de discriminación y la afectación de una víctima, se deriva también de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en el asunto *Centrum loor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding c. Firma Feryn NV.* (STJCE de 10.7.2008, As. 54/07), que aclaró que “la existencia de tal discriminación directa no requiere que haya

un denunciante identificable que alegue haber sido víctima de tal discriminación[455]."

Esta distinción se hace, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico alemán, en el que se diferencia entre la infracción de la prohibición de hacer ofertas discriminatorias y la discriminación de una persona concreta, que puede dar lugar a la pretensión de indemnización de daños. En dicho ordenamiento la oferta discriminatoria da lugar a una inversión de la carga de la prueba de que se ha producido un daño[456].

b) Segundo elemento del supuesto de hecho: la situación comparable

El segundo elemento del supuesto de hecho de la discriminación directa es la situación comparable en que se halla otra persona que no reúne la característica objeto de protección y es tratada por ello de forma más favorable.

aa) Grado de coincidencia entre las situaciones a comparar

En la práctica, podrían plantear dificultades la identificación del tercero que va a servir de término de comparación. ¿Debe exigirse que la víctima y la otra persona se hallen en situaciones prácticamente idénticas o bastará con que las situaciones en que se encuentran no presenten diferencias relevantes?

El grado de coincidencia que debe existir entre las situaciones a comparar puede concretarse a partir de la regulación europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Para empezar el hecho de que, como he expuesto en el segundo capítulo de este trabajo, el *risk rating* sí sea

[455] *Centrum loor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding c. Firma Feryn NV.* (STJCE de 10.7.2008), apartado 25.

[456] BAG, 5.2.2004, *NJW 2004*, p. 2115; VG Mainz, 21.1.2009, *BeckRS 2009*, p. 31316 sobre una oferta que establecía expresamente que se buscaba a un funcionario joven.

considerado a priori una diferencia de trato —independientemente de que ésta pueda ser justificada—, muestra que las diferencias relativas al riesgo, estadísticamente probadas, de asegurar a un hombre o una mujer, no suponen un obstáculo para considerar que se trata de situaciones comparables.

Corrobora esta idea, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha entendido, en el asunto *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997, As. 180/95), que carece de importancia a efectos de determinar que se ha dado una conducta discriminatoria, el que dos solicitudes sean totalmente distintas en términos de calidad. Basta pues para considerar que se ha dado un trato menos favorable a una persona que se hallaba en una situación comparable, que la víctima y el tercero participaran ambos en un proceso de selección, con independencia de las posibilidades reales de cada uno de ellos. En la medida en que el discriminador no entre a valorar la solicitud del candidato debido a su sexo u origen étnico, estará reaccionando frente a dos situaciones, que antes de evaluar el contenido de las solicitudes son muy similares entre sí, de forma distinta.

En todo caso, habrá que partir de una valoración objetiva de las situaciones, siendo totalmente irrelevante la percepción que tenga el discriminador. El que éste actúe movido por la convicción de que no es lo mismo arrendar una vivienda a un arrendatario afroamericano que a uno caucasiano, a efectos de cobro de las rentas, no tiene ninguna relevancia. Justamente esos prejuicios son los que trata de combatir la prohibición de discriminación.

bb) Ausencia de término de comparación

Justamente para dar respuesta a los casos de ausencia de término de comparación, la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) establece que habrá que comparar el trato recibido por la víctima con el de que otra persona es, ha sido o sería objeto. Esto tiene su lógica, pues el que una persona sea

objeto de discriminación no puede depender de que otra persona se halle actualmente en una situación similar a la suya. Debe bastar que, en algún momento, otra persona en una situación comparable, haya sido tratada de forma distinta. De otro modo estaríamos haciendo depender la concurrencia o no de discriminación de una mera casualidad.

Más complicados de resolver son aquellos supuestos en los que no podemos recurrir a un acontecimiento del pasado, como sucedía en el asunto *Dekker c. Stiching Vormingscentrum voor Jong Volwassenen* (STJCE de 8.11.1990, As. 177/88). El Tribunal de Justicia entendió que el hecho de que ningún hombre hubiera solicitado el puesto de trabajo que no le fue concedido a la Sra. Dekker, por estar embarazada, era irrelevante a efectos de determinar que ésta había sido objeto de discriminación. La conducta de un empresario que rechaza a toda mujer embarazada que solicita un puesto de trabajo en su empresa no deja de ser discriminatorio porque ningún hombre haya participado en el proceso de selección. El hecho de que las mujeres no embarazadas no sean discriminadas aporta indicios suficientes que nos hacen presuponer que un hombre en situación comparable tampoco lo sería.

A diferencia de lo que hace el legislador alemán, el español no concreta que la situación comparable puede ser actual, pasada o hipotética. Pero la expresión elegida “que otra en situación comparable” no excluye tampoco la posibilidad de abarcar en la comparación tanto acontecimientos pasados como hipotéticos. Aquí deberemos interpretar, conforme al derecho comunitario, que debe compararse el trato del que ha sido objeto la presunta víctima con el trato del que es, ha sido o sería objeto otra persona, que no reuniera la característica objeto de exclusión.

cc) La figura de la discriminación por asociación

La formulación abierta de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*), que establece tan sólo que “la persona sea tratada de forma menos favorable, por una de las razones previstas en

el § 1 AGG" permite subsumir los casos de discriminación por asociación en la figura de la discriminación directa.

En la discriminación por asociación, la víctima de la discriminación no es la persona que reúne la característica objeto de exclusión, sino otra relacionada con ella.

Un caso de discriminación por asociación es el asunto *Coleman c. Attridge Law* (STJCE, de 17.7.2008, As. 303/06), en el que el Tribunal de Justicia consideró que "la prohibición de discriminación directa no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador, que no sea él mismo una persona con discapacidad, de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa[457]."

La Ley Orgánica 3/2007 es, en este punto, más cerrada que la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) pues ésta establece que se da discriminación directa cuando la persona sea objeto de un trato menos favorable "en atención a su sexo", lo que parece apuntar a que debe darse una coincidencia entre la persona que sufre la discriminación y la que reúne la característica objeto de exclusión.

La apertura, en este punto, de la Ley 62/2003 que determina que el trato menos ventajoso debe haber tenido lugar "por razón de origen racial o étnico" muestra sin embargo que no debe interpretarse ese supuesto de hecho de la Ley orgánica 3/2007 de forma literal sino que, por el contrario, deben considerarse incluidas en la prohibición las discriminaciones por asociación.

[457] *Coleman c. Attridge Law* (STJCE de 17.7.2008, apartado 64).

dd) No exigencia de un ánimo discriminatorio

El hecho de que el legislador alemán y el español, como el europeo, no exijan de la concurrencia de un ánimo discriminatorio por parte del discriminador, conlleva que sean subsumibles en el § 3 (1) *AGG* los cuatro tipos de diferenciación a los que hacía alusión en el segundo capítulo de este trabajo: la *animus-based discrimination,* la *catering others aversion discrimination,* la *cartel-model discrimination* y la *statistical discrimination.*

Sin embargo, entre los Tribunales españoles, está bastante extendida la idea de que la discriminación requiere de un ánimo discriminatorio por parte del infractor. Sirva de ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 2001 (RTC 2001\13; MP: Guillermo Jiménez Sánchez), en la que el Tribunal consideró que no constituía discriminación el que un funcionario de la Policía Nacional requiriera a una mujer negra que se identificase, utilizando el criterio del origen racial, como indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española.

El Tribunal Constitucional consideró que "aún advirtiendo de la prudencia con la que deben usarse las referencias de carácter étnico para evitar malentendidos, su utilización con carácter descriptivo, en sí misma considerada, no resulta en principio discriminatoria" y matizó que "lo discriminatorio hubiera sido la utilización de un criterio que careciese de toda relevancia en orden a la individualización de las personas para las que el ordenamiento jurídico ha previsto la medida de intervención administrativo".

La valoración que la Directiva 2000/43/CE hace de este tipo de discriminación difiere totalmente de la del Tribunal Constitucional español. Esta actuación debería haber sido considerada, en todo caso, discriminatoria, por ello resulta comprensible la polémica que la sentencia ha suscitado en el mundo académico español.

4. El concepto de discriminación indirecta de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*), de la Ley 62/2003 y de la Ley Orgánica 3/2007

También queda prohibida por la Ley general de igualdad de trato (*AGG*), la Ley 62/2003 y la Ley Orgánica 3/2007 la discriminación indirecta.

a) Primer elemento del supuesto de hecho: la diferencia de impacto de una medida aparentemente neutra

Ya he puesto de relieve en el segundo capítulo de este trabajo, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que la "medida aparentemente neutral" con impacto adverso, abarcaba decisiones tomadas en base a cualquier criterio.

Así, en el ámbito laboral, serán susceptibles de ser considerados indirectamente discriminatorios criterios como el trabajo a tiempo parcial, la antigüedad, la fuerza física, la superación de ciertos exámenes de acceso.

En el acceso a bienes y servicios, podría resultar indirectamente discriminatorio, tomar decisiones sobre la concesión de un crédito en base a la estabilidad laboral, la historia crediticia o la tenencia de un contrato de trabajo por parte del potencial cliente. Las políticas intransparentes de concesión de créditos al consumo que, en el intento de obtener beneficios supracompetitivos, tuvieran un impacto negativo en ciertos colectivos, también podrían ser objeto de análisis. Además podría ser discriminatorio, a priori, negar el acceso a una vivienda a familias numerosas o monoparentales.

Respecto de la diferencia de impacto de la medida en cuestión, la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) y la Ley Orgánica 3/2007 presentan la misma diferencia, que la Directiva 2004/113/CE en su versión alemana y española.

Mientras que la ley alemana establece que "hay discriminación mediata cuando disposiciones […] aparentemente neutrales *puedan poner* a ciertas personas […] en desventaja particular", la Ley Orgánica 3/2007 entiende que en la discriminación indirecta una disposición "*pone* a personas de un sexo en desventaja particular".

La Ley 62/2003, con un tenor en este punto más similar a la ley alemana, habla de medidas que "*puedan ocasionar* una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico."

El tenor distinto se explica por las diferencias que ya contenían las disposiciones europeas de origen. En todo caso, como ponía de relieve en el segundo capítulo de este trabajo, es muy distinto para la víctima de la discriminación probar la idoneidad de una medida para afectar de forma distinta a dos colectivos, que tener que aportar la prueba estadística de la diferencia de impacto.

El acceso a bienes y servicios es un ámbito en que no se han realizado todavía suficientes estudios estadísticos sobre la incidencia que determinadas decisiones y criterios tienen en ciertos colectivos. La exigencia de la prueba estadística de la diferencia de impacto, podría representar un obstáculo insalvable para la víctima de una discriminación indirecta. Por eso, es bienvenida la relajación de las exigencias del ordenamiento comunitario en este aspecto[458], que admite también la prueba del impacto adverso mediante la aportación de datos estadísticos más genéricos y abre así la posibilidad de cuestionar y estudiar el posible efecto excluyente de ciertas prácticas adoptadas en el sector.

En el ordenamiento jurídico alemán, a pesar de que la Ley general de igualdad de trato *(AGG)* parece adoptar

[458] SCHIEK (2007), en (SCHIEK/WADDINGTON/BELL), *Non-discrimination Law*, p. 473: *"As regards establishing disadvantage, the new legislative definition of indirect discrimination enables judges and administrative bodies to establish a finding of indirect discrimination without detailed statistics."*

expresamente esa visión más flexible, las opiniones en la doctrina están divididas:

Los defensores de una interpretación amplia del presupuesto de hecho de la desventaja particular, que consideran que basta la posibilidad abstracta de que la medida tenga un impacto distinto, remiten a la génesis de la norma[459]. JENS DAMMANN y DAGMAR SCHIEK muestran como el legislador europeo partió de la jurisprudencia del TJCE en el asunto *O'Flynn c. Adjudication Officer* (STJCE de 23.5.1996, As. 237/94), al redactar la Directiva 2004/113/CE[460].

Aquellos que siguen considerando condición necesaria de la discriminación indirecta que pueda probarse mediante estadísticas que la medida perjudica de hecho a un porcentaje mayor de mujeres que hombres o a la inversa, argumentan que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída en materia de discriminación por razón de la nacionalidad, no es extrapolable a la discriminación por razón de sexo u origen racial[461]. El principio de libre circulación de trabajadores –a diferencia de la prohibición de discriminación por razón de sexo– no protege, según GREGOR THÜSING, sólo frente a las discriminaciones formales sino que prohíbe también las discriminaciones materiales, es decir aquellas disposiciones que tratan formalmente igual a todos los trabajadores, pero cuyos efectos son distintos en unos y otros.

En el ordenamiento jurídico español, el Tribunal Constitucional, ha partido de datos estadísticos genéricos a efectos de apreciar la existencia de una discriminación indirecta.

---

[459] DAMMANN (2005), *Die Grenzen zulässiger Diskriminierung*, pp. 281, 285.

[460] DAMMANN (2005), *Die Grenzen zulässiger Diskriminierung,* pp. 273-276. SCHIEK (2007), en (SCHIEK/WADDINGTON/BELL), *Non-discrimination Law*, p. 424, refiriéndose al asunto *O'Flynn c. Adjudication Officer* (STJCE, 23.5.1996): *"The new definition of indirect discrimination entailed in the 2000 Directives was intended to mirror this judgement."*

[461] THÜSING (2007), *Arbeitsrechtlicher Antidiskriminierungsschutz*, p. 104, Mg. 255, 257.

En la STC de 22.12.2004 (RTC 2004\253; MP: Rodríguez-Zapata Pérez), el Tribunal Constitucional partía de datos del Instituto de la Mujer y del Instituto Nacional de Estadística, que mostraban que las mujeres representaban un 80 % de los trabajadores a tiempo parcial. En la STC de 27.3.2007 (RTC 2007\200) el Tribunal partió de datos estadísticos, que ponía de relieve que son las mujeres las que de forma mayoritaria se acogen al derecho de reducción de jornada por razones de guarda legal de los hijos menores o discapacitados. En la STC de 24.7.2000 (RTC 2000\203; MP: Emilia Casas Baamonde) el Tribunal Constitucional hacía referencia de una forma más genérica a los datos estadísticos: "la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística."

b) Segundo elemento del supuesto de hecho: la justificación objetiva de la medida a pesar de su diferencia de impacto

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es muy concreta en lo que respecta a las posibilidades y formas de justificación de las medidas susceptibles de ser consideradas indirectamente discriminatorias. Esto se debe a que el Tribunal difiere la facultad de examinar la proporcionalidad de los medios elegidos para justificar este tipo de conductas a los Tribunales nacionales.

Los Tribunales alemanes y españoles no han hecho realmente uso de esa facultad para llevar a cabo un examen que les permitiera detectar sesgos discriminatorios en decisiones empresariales. Se han contentado con pronunciarse de forma bastante general sobre los supuestos que les planteaban, sin tener realmente en cuenta las circunstancias concretas del caso.

aa) La justificación de una medida con impacto adverso en la jurisprudencia española

(1) ¿"*Job related*" y "*business necessity*" como en la jurisprudencia norteamericana?

El Tribunal Constitucional Español ha adoptado una posición muy restrictiva respecto de la utilización del criterio del esfuerzo físico. Cuando se trataba de discernir sobre la legitimidad de tener en cuenta la fuerza física, el Tribunal ha llevado a cabo un examen parecido al del derecho norteamericano: Ha exigido que dicho factor fuera un elemento esencial en la tarea a realizar, requiriendo al empleador que "no se limita[ra] a hacer a una referencia vaga, no razonada, a dicho criterio de valoración, sino que detalla[ra] con absoluta precisión la especial índole del esfuerzo de que se trata[ba], su intensidad y sus posibles riesgos[462]."

> En la STC de 30.10.2000 (RTC 2000\250; MP: Vicente Conde Martín de Hijas) el Tribunal Constitucional analizó los efectos discriminatorios que podía tener la utilización del criterio del esfuerzo físico a efectos de determinar el valor de una tarea y atribuirle un salario más elevado. El Tribunal afirmó: "el carácter sospechoso del factor del esfuerzo como criterio único de valoración, por lo que tiene de cualidad predominante masculina, que determina, en principio, que no se trate de un criterio de valoración sexualmente neutral, sino que implica una ventaja injustificada para los varones". El Tribunal admitió "no obstante, aunque con carácter muy restrictivo, su posible operabilidad, supeditada a la doble condición de que dicho factor sea un elemento esencial en la tarea de que se trate, y de que en la valoración de ésta no se tenga en cuenta el esfuerzo como criterio único de valoración, sino que se combine con otras características más neutras en cuanto a impacto en cada uno de los sexos". El Tribunal consideró que en ese caso concreto la medida estaba justificada porque cumplía las dos condiciones[463].

---

[462] STC de 30.10.2000 (RTC 2000\250; MP: Vicente Conde Martín de Hijas; FJ: 6)

[463] También sobre el criterio del esfuerzo físico y en la misma dirección: STC de 28.2.1994 (RTC 1994\58; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) y STC de 1.7.1991 (RTC 1991\145; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer)

Este grado de escrutinio lo ha aplicado el Tribunal Constitucional tan sólo a la justificación de la utilización del factor de la fuerza física, con lo de ahí no pueden inferirse conclusiones más generales sobre la posición del Tribunal respecto de las posibilidades de justificación de la discriminación indirecta.

Respecto de la exigencia de una determinada cualificación para ocupar un lugar de trabajo, el Tribunal Supremo se negó a aceptar, en abstracto, que la empresa Renault exigiera el título de Formación Profesional 2 para acceder a la contratación como especialista. En tanto que dicha exigencia resultaba perjudicial para el colectivo femenino, la mayor parte de cuyas integrantes no poseían dicho título, el Tribunal Supremo consideró que la empresa hubiera debido aportar una justificación objetiva y razonable que sustentara la adopción de dicha práctica con impacto adverso[464].

La negativa, por parte del Tribunal, a aceptar que la realización de una tarea requiera, en abstracto de tener un determinado título, apunta a la necesidad de partir de un análisis del puesto de trabajo y los conocimientos concretos que éste reclama.

(2) La necesidad de poner freno a la intransparencia en la toma de decisiones

Interesante resulta una sentencia de la jurisprudencia menor relativamente reciente, que analizó la política de libre designación de los cargos directivos, adoptada por una Caja de Ahorros.

> Dio lugar a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Zaragoza de 11.9.2008 (AS 2008\2009; MP: Mariano Fustero Galve) la demanda interpuesta por el Director General de Trabajo del Gobierno de Aragón contra la Caja de Ahorros de la Inmaculada.

[464] STS de 4.5.2000 (RJ 2000\4266; MP: Arturo Fernández López)

El juzgador determinó que dicha forma de promoción estaba perjudicando, de hecho, a las mujeres, que no accedían a las categorías profesionales más altas. Consideró que la diferencia de impacto de la política de libre designación de los cargos directivos, no podía estar justificada, como alegaba la Caja de Ahorros, por la ausencia de mujeres elegibles debido a la tardía incorporación de éstas al sector financiero y puso de relieve la falta de transparencia de los procesos de selección adoptados por el empleador.

Esta sentencia muestra la potencialidad de la figura de la discriminación indirecta que puede exigir de un cambio de política empresarial y puede servir para frenar la adopción de decisiones intransparentes, como las que se toman frecuentemente en el sector bancario.

(3) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Un juicio de proporcionalidad en sentido estricto lo lleva a cabo el Tribunal Constitucional español en dos sentencias relativas al acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de la Seguridad Social.

En la STC de 22.12.2004 (RTC 2004\253; MP: Rodríguez-Zapata Pérez) el Tribunal sometió a examen la previsión legal de computar, en los contratos a tiempo parcial, a diferencia de en los contratos a tiempo completo, sólo las horas efectivamente trabajadas para determinar los períodos de cotización exigidos para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social.

El Tribunal consideró que dicha regulación no superaba el control de proporcionalidad estricta pues “dificultaba injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir[les] […] unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia”, que éstos no podían cumplir. El principio de contributividad y el intento de garantizar el equilibrio financiero del sistema de la Seguridad Social no justificaba,

en opinión del Tribunal la adopción de esa medida, que afectaba, en una proporción mucho mayor, a las mujeres que a los hombres.

En la STC de 27.3.2007 (RTC 2007\200) el Tribunal aclaró su posición respecto de la regulación que había sido objeto de análisis en la STC de 22.12.2004 y estableció que "el principio de contributividad que informa el sistema de Seguridad Social justifica, sin duda, que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de la Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de dónde resultará, lógicamente una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa."

Si comparamos ambas sentencias, nos damos cuenta de que lo que determina que el Tribunal Constitucional considere, en el primer caso, la regulación indirectamente discriminatoria y en el segundo no, es la distinta gravedad del efecto discriminatorio. En el primer supuesto, la finalidad legítima perseguida por el legislador de garantizar el equilibrio financiero del sistema de la Seguridad Social, llevaba al resultado desproporcionado de que los trabajadores a tiempo parcial, no pudieran acceder a las prestaciones[465]. En el segundo, el efecto adverso, no vedaba el acceso a la jubilación, sino que consistía en el cobro de una prestación menor.

bb) La justificación de una medida con impacto adverso en la jurisprudencia alemana

En el ordenamiento jurídico alemán se lleva a cabo un control muy laxo de la proporcionalidad de las medidas

[465] Ver LÓPEZ LÓPEZ (2007), "Pensión de jubilación y género; escapando de la "gender blindeness" en materia de seguridad social", en: en: LÓPEZ CUMBRE (coord.), *Tratado de jubilación*, p. 1498, que también sostiene que el Tribunal Constitucional hace aquí un uso correcto del principio de proporcionalidad.

indirectamente discriminatorias. El Tribunal Laboral Federal parece entender que la mera concurrencia de una necesidad económica o empresarial ya justifica una decisión de impacto adverso, con lo que no impone la obligación de buscar soluciones alternativas, para reducir los efectos discriminatorios.

(1) La sentencia del Tribunal Laboral Federal *(BAG)* de 26 de enero de 2005

En la sentencia de 26.1.2005 (4 AZR 172/03) el Tribunal Laboral Federal *(BAG)* consideró que estaba objetivamente justificada la medida adoptada por una diaconía consistente en agrupar a los trabajadores de una determinada categoría salarial, que eran mayoritariamente mujeres, en una nueva categoría con una retribución menor. El Tribunal entendió que la decisión empresarial estaba justificada objetivamente porque perseguía la finalidad de mantener los puestos de trabajo. Convertir la estructura salarial en más competitiva, permitía evitar la externalización de ciertos lugares de trabajo, a la que de lo contrario se vería obligada la diaconía, a efectos de reducir costes.

Aquí, el Tribunal Laboral Federal aplicó la justificación por motivos económicos en el sentido que proponía IAN AYRES, entendiendo que estará justificado adoptar una práctica con efecto adverso si ésta es necesaria para la supervivencia económica de la empresa. El Tribunal no llevó, sin embargo, a cabo un juicio de necesidad. De ser así, se hubiera planteado la alternativa de reducir la retribución de todos los trabajadores y no sólo la de esa categoría salarial, ocupada principalmente por mujeres.

(2) La sentencia del Tribunal Laboral Federal *(BAG)* de 15 de febrero de 2005

En la Sentencia de 15.2.2005 (9 AZR 635/03) el Tribunal Laboral Federal *(BAG)* analizó si el criterio de tener buenos conocimientos de mecanografía para obtener un puesto de trabajo, podía ser considerado indirectamente discriminatorio

respecto de las personas discapacitadas. El Tribunal entendió que dicha condición estaba justificada por un propósito legítimo y que los medios previstos eran adecuados y necesarios.

El Tribunal Laboral Federal *(BAG)* no llevó a cabo un análisis del puesto de trabajo para determinar si realmente los conocimientos de mecanografía eran indispensables para desempeñar la función. Asumió, en abstracto, que un puesto de auxiliar administrativo exige necesariamente de dichos conocimientos. Tampoco se preguntó por la ausencia de alternativas, como podría ser un reparto de tareas entre los trabajadores, que asignara al solicitante discapacitado aquellas que pueda llevar a cabo.

(3) La sentencia del Tribunal Laboral Federal *(BAG)* de 18 de octubre de 2005

En la Sentencia de 18.10.2005 (3 AZR 506/04) el Tribunal Laboral Federal *(BAG)* sometió a examen una previsión legal que exigía haber trabajado hasta la edad de 35 años a efectos de evitar la pérdida de las contribuciones hechas a un plan de pensiones del empleador. La demandante alegaba que esa disposición era indirectamente discriminatoria para con las mujeres porque éstas solían dejar de trabajar para atender al cuidado de los hijos antes de cumplir los 35 años, con lo que dicha norma les vedaba el acceso a las prestaciones.

El Tribunal entendió que dicha previsión legal estaba justificada porque era el resultado de un compromiso entre el intento de garantizar la protección social de los trabajadores y la persecución de los intereses empresariales y económicos de los empleadores. Hasta cumplir los 35 años, los trabajadores tenían una menor necesidad de protección porque podían compensar con facilidad la pérdida de las prestaciones. En la medida en que hasta alcanzar esa edad, los trabajadores tenían muchos incentivos y posibilidades de cambiar de empleo, el riesgo de que éstos abandonaran el puesto de trabajo que ocupaban era elevado. Era pues

necesario adoptar medidas tendentes a proteger el interés del empresario consistente en garantizar la continuidad de sus empleados.

El Tribunal Laboral Federal llevó a cabo un análisis de los intereses en juego y tuvo en cuenta los intereses de los empleadores y trabajadores masculinos. Aplicó incluso un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, ponderando la importancia relativa de los intereses en juego.

El error radica, en mi opinión, en que no tuvo en cuenta la perspectiva de género desde el comienzo de su análisis. En *Ricci v. Destefano* (557 U.S._ [2009]) se adoptaba una visión sensible a la discriminación desde el principio. Aquí, el Tribunal Laboral Federal debía haber tenido en cuenta que también están en juego los intereses de las trabajadoras femeninas. Muchas de ellas, a diferencia de los hombres, no tienen la posibilidad de compensar la pérdida de las prestaciones, porque no se reincorporan al mundo del trabajo, sino que se dedican al cuidado de los hijos.

III. La prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios en la Ley general de igualdad de trato (AGG), en la Ley 62/2003 y en la Ley Orgánica 3/2007

1. Introducción a la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios en la Ley general de igualdad de trato (*AGG*), en la Ley 62/2003 y en la Ley Orgánica 3/2007

En la configuración del ámbito de aplicación objetivo de la prohibición de discriminación por sexo y origen étnico, la transposición alemana y española de las Directivas 2002/43/CE y 2004/113/CE se diferencian mucho entre sí. Esto convierte en indispensable el tratamiento separado de las soluciones adoptadas en cada uno de los ordenamientos.

El legislador alemán, resistiéndose a la decisión de las Directivas 2002/43/CE y 2004/113/CE, que ilustraba en el capítulo segundo de este trabajo, de imponer el respeto al principio de no-discriminación en toda relación contractual, que tuviera lugar fuera de la esfera privada, ha tratado de rescatar algunas concepciones vigentes en el ordenamiento nacional. Esto ha dado lugar a una regulación muy diferenciada y, como consecuencia de ello, muy complicada.

A pesar de su dificultad, la transposición alemana tiene la ventaja de que concreta los preceptos europeos, que son realmente abiertos, y de que guía al aplicador de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*). Las matizaciones que la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) contiene y las decisiones de política legislativa que las han motivado, plantean y podrían ayudar a resolver interrogantes que pueden surgir también al aplicador de la ley española.

El legislador español ha procedido de forma distinta a la elegida por el legislador alemán, pues ha preferido guiarse muy de cerca por las disposiciones comunitarias, incorporando de forma prácticamente literal el tenor de éstas.

Esto ha supuesto que el aplicador de la Ley 62/2003 y la Ley Orgánica 3/2007 carezca de orientación.

En esta parte del trabajo he hecho el intento de, partiendo de los mandatos del derecho comunitario, de la jurisprudencia española recaída en la materia, de la doctrina española y de las ideas suscitadas por el estudio de la transposición alemana y su recepción jurisprudencial y doctrinal, concretar el ámbito de aplicación de la legislación española.

2. La prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios en la Ley general de igualdad de trato *(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)*

a) Las disposiciones aplicables de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) a la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios

La Ley general de igualdad de trato *(AGG*) se ocupa, en dos disposiciones distintas, de la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios.

Para empezar, en el § 2. (1) Nr. 8 *AGG,* que situado en la parte general de la ley, fija el ámbito de aplicación objetivo de ésta de forma genérica.

> *„§ 2 Anwendungsbereich*
> *(1) Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund sind nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf:*
> *8. den Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum"*

> „§ 2 Ámbito de aplicación
> *(2)* Deberán considerarse prohibidas de acuerdo con esta ley, las discriminaciones por una de las razones previstas en el § 1, que tengan lugar en relación con:

8. el acceso y suministro de bienes o servicios disponibles para el público, incluida la vivienda."

Además, en el § 19 *AGG*, que se encuentra en la sección tercera de la ley y bajo la rúbrica "Protección frente a discriminaciones en el derecho civil" *(Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrecht)* entra a regular ya detalladamente las relaciones contractuales a las que se aplicará la prohibición de discriminación.

> *"§ 19. (1) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlichen Schuldverhältnisse die,*
>
> 1. *typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder*
> 2. *eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben,*
>
> *ist unzulässig."*
>
> (2*) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 AGG unzulässig."*
>
> *(3) Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozialstabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig.*
>
> (*4) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden keine Anwendung auf familien- und erbrechtlichen Schuldverhältnisse.*
>
> *(5) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihren Angehörigen begründet wird. Bei Mietverhältnissen kann das insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihrer Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. Die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch ist in der Regel kein Geschäft im Sinne des Absatzes 1*

Nr. 1, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet.

"§ 19. (1) La discriminación por motivos de origen racial o étnico o por razón de sexo, religión, discapacidad, edad u orientación sexual en la celebración, realización y extinción de relaciones obligatorias, que

1. se establezcan típicamente, con independencia de la persona, en condiciones equivalentes y en una multiplicidad de casos (contratos en masa) o aquellas en las que el cocontratante tiene una importancia secundaria y que se establezcan con independencia de la persona, en condiciones equivalentes en una multiplicidad de casos o
2. aquellas que tengan como objeto un contrato de seguros

está prohibida.

(2) La discriminación por motivos de origen racial o étnico estará, además, prohibida en la celebración, realización y extinción de las restantes relaciones obligatorias de naturaleza civil en el sentido del § 2 Ap. 1 Nr. 5 a 8 AGG.

(3) En el arrendamiento de viviendas están permitidas aquellas diferencias de trato que tratan de establecer o mantener estructuras de urbanización y población estables así como relaciones económicas, sociales o culturales equilibradas.

(4) Las disposiciones de esta sección no serán aplicables a las relaciones de familia o de derecho sucesorio.

(5) Las disposiciones de esta sección no serán aplicables a las relaciones obligatorias en las que se establece una relación especial de proximidad o de confianza entre las partes o sus familiares. Esto sucederá en especial en el caso de un arrendamiento de inmuebles si las partes o los familiares de éstas usan una vivienda situada en el mismo terreno. El arrendamiento de una vivienda, que no se alquile sólo temporalmente, no será considerado, por lo general, un negocio de los previstos en el apartado 1 Nr. 1 si el arrendador no alquila más de 50 viviendas."

b) La configuración de dos ámbitos de aplicación distintos en función de la característica objeto de exclusión

El que dos disposiciones distintas se ocupen del ámbito de aplicación objetivo obedece, en este caso, al *(Ausklammerungsprinzip)* de acuerdo con el cual suelen estructurarse las leyes alemanas, siguiendo el modelo del Código Civil alemán (*BGB*). Este principio responde al intento

de evitar repeticiones, sistematizar y facilitar la comprensión del texto legal.

Sin embargo, en Ley general de igualdad de trato *(AGG)*, la forma de proceder del legislador ha dificultado el manejo de la ley. Pues en lugar de sencillamente remitir en la parte especial (§ 19 *AGG*) a lo regulado en la parte general (§ 2. (1) Nr. 8 *AGG*), el legislador ha establecido, en el § 19 (1) *AGG*, un ámbito alternativo de aplicación, más estrecho que el del § 2. (1) Nr. 8 *AGG.*

El legislador alemán sólo remite una vez y de forma excepcional al § 2 *AGG*. Esta decisión tiene una explicación. La Ley general de igualdad de trato *(AGG)* extiende la prohibición de discriminación a las conductas excluyentes motivadas por la religión, discapacidad, edad u orientación sexual de la víctima.

Al prohibir estos comportamientos discriminatorios, el legislador no estaba sometido al derecho comunitario y tenía vía libre para configurar el alcance de la prohibición como le pareciera más oportuno. Su única preocupación debía ser la compatibilidad de la protección del discriminado con el derecho a la libertad de contratación y a la intimidad de la otra parte.

> Aunque la libertad religiosa o de culto también podría colisionar con la protección frente a la discriminación de la víctima, el legislador ya había dado respuesta a ese posible conflicto al prever la causa de justificación del § 20. (1). Nr. 4 AGG, que permite dispensar un trato diferente motivado por las propias creencias.

Esto ha supuesto que el legislador alemán haya hecho depender la aplicación o no de la prohibición de discriminación a determinadas relaciones entre particulares, de otros aspectos distintos a aquellos que tuvo en cuenta el legislador comunitario. Adquirirá importancia la naturaleza de profesional o particular del oferente. Será también relevante determinar si las partes contratantes tienen una relación de proximidad o de confianza. Además, el que el objeto del

contrato sea una vivienda, introducirá modificaciones al régimen general.

Independientemente del acierto de dichos criterios, que valoraré al entrar más en detalles en el análisis del ámbito de aplicación, el legislador no ha tenido en cuenta que no gozaba de libertad para separarse de los criterios elegidos por las Directiva 2004/113/CE en lo que respecta a la discriminación por razón de sexo.

Aunque dar un alcance más limitado a dicha prohibición puede suponer un incumplimiento de las obligaciones dimanantes de la citada Directiva 2004/113/CE, el legislador alemán lo ha hecho, creando dos ámbitos de aplicación distintos: Uno para las discriminaciones por razón de sexo, religión, discapacidad, edad u orientación sexual (§ 19. (1) y § 2. (1) Nr. 8 *AGG*) y otro más extenso para aquellas acaecidas por razón de origen racial o étnico (§ 19. (1) y § 19. (2) y § 2. (1) Nr. 8 *AGG*).

c) La prohibición de discriminación por razón de sexo, religión, discapacidad, edad y orientación sexual

La prohibición de discriminación por razón de sexo, religión, discapacidad, edad y orientación sexual, se aplicará a todas aquellas relaciones contractuales que se establezcan en condiciones equivalentes para una multiplicidad de casos.

La Ley general de igualdad de trato (*AGG*) distingue aquí entre dos tipos de contratos, los que se celebran con independencia de la persona de que se trate (contratos en masa) y aquellos en los que la persona del cocontratante tiene tan sólo una importancia secundaria.

aa) Los contratos celebrados con independencia de la persona de que se trate

El primer tipo de relaciones contractuales, previstas en el § 19. (1) Nr. 1 *AGG*, que el legislador denomina contratos en masa, se caracterizan, según él, por reunir los dos siguientes requisitos.

Para empezar se trata de contratos celebrados por un oferente profesional.

> „Para empezar, no se trata de supuestos que se dan una única vez, sino frecuentemente. Para determinar si nos encontramos en un supuesto típico de una prestación que se ofrece en una "multiplicidad de casos", deberemos adoptar la perspectiva del oferente, pues la prohibición de discriminación está dirigida a éste (y no al cliente que solicita la prestación)[466]."

El legislador excluye expresamente de la prohibición de discriminación prevista en el § 19. (1) *AGG* a los particulares no profesionales.

> „Quedan por tanto sujetas a la prohibición de discriminación civil sólo las prestaciones ofrecidas por empresarios, es decir, por personas físicas o jurídicas que actúan en el ejercicio de una actividad profesional[467]. (§ 14 *BGB*)"

La segunda característica de los contratos regulados en el § 19. (1) *AGG* es que se trata de relaciones contractuales celebradas con "independencia de la persona de que se trate".

---

[466] BT-Drucksache 16/1780, p. 41: *„Zum einen geht es damit nicht um einmalige Sachverhalte, sondern um Fälle, die häufig auftreten. Ob es sich typischerweise um eine „Vielzahl von Fällen" handelt, ist aus der Sicht der Anbieterseite zu beurteilen, denn an sie (und nicht an den nachfragenden Kunden) richtet sich das Benachteiligungsverbot."*

[467] BT-Drucksache 16/1780, p. 41: *„Damit sind in der Regel nur diejenigen Leistungen vom allgemeinen zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot erfasst, die von Unternehmer erbracht werden, also von natürlichen oder juristischen Personen, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Selbständigkeit handeln (§ 14 BGB)."*

La expresión con "independencia de la persona de que se trate", que proviene de la Directiva 2004/113/CE, resulta un tanto ambigua y admite dos lecturas distintas[468].

La primera interpretación consistiría en entender que son contratos celebrados con "independencia de la persona de que se trate" aquellos contratos en los que todo atributo individual del interesado carece de importancia. La segunda lectura apuntaría a que se trata de aquellas relaciones contractuales en las que lo irrelevante es el sexo, origen racial o étnico, la edad del contratante.

De las afirmaciones del legislador, puede concluirse que la segunda opción interpretativa es la correcta, el que ciertas características individuales del cocontratante sean relevantes para el oferente no supondrá que un negocio jurídico no pueda considerarse un contrato en masa:

> "Una relación contractual se celebra, ejecuta y finaliza, con independencia de la persona, cuando en ello no desempeñan típicamente un papel los atributos mencionados en el § 1[469]."

El hecho de que el oferente, en el caso concreto, sí tenga en cuenta el sexo del interesado y eso le lleve a no querer contratar con él, no impedirá la caracterización del contrato como un contrato del § 19. (1) Nr. 1 *AGG*. Pues justamente esa desviación de lo que el legislador considera un comportamiento típico es en lo que consiste la discriminación que la ley trata de evitar.

Como vemos, en la definición de estos contratos, el legislador ni adopta un punto de vista puramente subjetivo ni objetivo, tiene en cuenta la decisión original del oferente, pero al mismo tiempo, le exige coherencia en su actuación.

---

[468] DAMMANN (2005), *Die Grenzen zulässiger Diskriminierung*, p. 350.

[469] BT-Drucksache 16/1780, p. 41: *"Ein Schuldverhältnis wird ohne Ansehen der Person begründet, durchgeführt oder beendet, wenn hierbei die in § 1 genannten Merkmale typischerweise keine Rolle spielen."*

En tanto en cuanto está ofreciendo los bienes o servicios por una vía, que señaliza su predisposición a contratar con cualquiera, deberá ser congruente y no podrá negarse a posteriori a contratar con alguien por su sexo, religión u orientación sexual. Pues su actuación incoherente pone claramente de manifiesto un juicio de desvalor, un ánimo de excluir a una determinada persona. El que está dispuesto a contratar con cualquiera menos con, por ejemplo, un cliente homosexual, revela una aversión difícilmente compatible con la dignidad del que es rechazado.

> Gran defensor de la idea de la congruencia como criterio para determinar si la negativa a contratar con una persona puede ser considerada discriminatoria es EDUARD PICKER, que entiende que "si uno reconoce que es justamente el quebrantamiento, arbitrario y referido a un individuo, de la autovinculación del titular del negocio, lo que denigra al cliente rechazado, entonces esa incoherencia constituye una condición indispensable para la incriminación de ese comportamiento. Si esto es así, de esto se infiere a contrario: el rechazo de clientes o de grupos de clientes sólo puede ser valorada como denigración y, consecuentemente, como discriminación prohibida si y, en tanto, se da esa autovinculación del oferente. Para fundamentar el veredicto de que una conducta es una discriminación prohibida, los bienes o servicios que se niegan deben haber sido ofertados en un contexto y en un entorno, que manifieste la predisposición a contratar con cualquiera de forma clara[470]."

[470] PICKER (2004), *Karlsruher Forum*, pp. 32, 34: *"Erkennt man, dass gerade der willkürbestimmte, situativ-individuumsbezogene Bruch der Selbstbindung des Geschäftsinhabers den zurückgewiesenen Kunden herabsetzt, so bildet dieser Selbstwiderspruch die unverzichtbare Voraussetzung für die Inkriminierung deines Verhaltens. Trifft das aber zu, so ergibt sich daraus im Gegenschluss: Die Zurücksetzung einzelner Nachfrager oder Nachfragergruppen ist hier immer nur dann als Herabsetzung und folglich als unzulässige Diskriminierung zu werten, wenn und solange diese Selbstbindung des Anbieters vorliegt. Um das Verdikt unerlaubter Diskriminierungen zu begründen, müssen die verweigerten Güter oder Dienste in einem Rahmen und in einem Umfeld bereitgestellt worden sein, das die grundsätzliche Kontrahierungsbereitschaft jedermann gegenüber unzweideutig bekundet."*

El legislador enumera, a modo de ejemplo, los contratos sobre bienes de consumo, los contratos que se celebran en el sector de la gastronomía, de los transportes y del ocio.

> Un ejemplo de discriminación por razón de sexo y origen étnico en el acceso a una discoteca es el caso resuelto por la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia (*Amtsgericht)* de Oldenburg de 23.7.2008[471], en la que el portero de una discoteca vedó la entrada a una mujer de origen iraní diciéndole: "¡Nada de extranjeros! ¡Indicaciones del jefe!". Ante la pregunta de la víctima, que quería saber la razón de que no la dejaran entrar, el portero contestó: "Porque eres una mujer extranjera." El Juzgado de 1ª Instancia (*Amtsgericht)* de Oldenburg aplicó el § 19. (1). Nr. 1 *AGG* y aclaró que en el caso del acceso a discotecas se trataba de una relación obligatoria de las que se establecen, típicamente, con independencia de la persona, en condiciones equivalentes y en una multiplicidad de casos.

Los contratos de seguros privados en los que no se lleva a cabo una valoración individual del riesgo, como es el caso de los seguros de viajes, que serán también subsumibles en el § 19. (1). Nr. 1 *AGG*[472].

Respecto de la cesión de bienes inmuebles, afirma el legislador que, por lo general, no se tratará de contratos en masa, a menos que la celebración del contrato sobre habitaciones de hotel o viviendas de uso turístico, tenga lugar por Internet y el oferente renuncie a una elección individualizada del arrendatario[473].

---

[471] AG Oldenburg, 23.7.2008, *BeckRS 2008*, p. 21531.

[472] BT-Drucksache 16/1780, p. 42: *"Auch Privatversicherungen können strukturell Massengeschäfte i. S. d. Nummer 1 sein, wenn bei dem angebotenen Versicherungsschutz typischerweise auf die Ermittlung von Risikofaktoren verzichtet wird. Das ist etwa bei Reisegepäckversicherungen der Fall, die aber auch- wie andere privatrechtliche Versicherungen, insbesondere die private Kranken- und Lebensversicherung- grundsätzlich über Nummer 2 erfasst werden."*

[473] BT-Drucksache 16/1780, p. 42*: "Bei der Überlassung von Räumen wird es sich meist nicht um Massengeschäfte im Sinne der ersten Alternative handeln, denn die Anbieter von Wohn- oder Geschäftsräumen wählen ihren Vertragspartner regelmäßig individuell nach vielfältigen Kriterien aus dem Bewerberkreis aus. Andres kann es sich verhalten, wenn etwa der Vertragsschluss über Hotelzimmer oder*

Los contratos de crédito no podrán ser considerados, según el legislador, contratos en masa[474].

bb) Contratos en los que la persona del contratante tiene una importancia secundaria

El segundo tipo de contratos previstos por el § 19. (1) Nr. 1 *AGG*, son aquellos en los que, aunque el oferente elige a la otra parte contratante de forma individualizada y aunque pueden llegar a tener relevancia el sexo, edad, religión o identidad sexual del cocontratante, estas características tienen tan sólo una importancia secundaria.

El legislador dice tener en mente aquí los contratos de arrendamiento de vivienda en los que el arrendador alquila una multiplicidad de viviendas[475].

El ejemplo nos sirve para concretar este supuesto de hecho un tanto abierto: Los contratos de arrendamiento de inmuebles no pueden considerarse, de forma generalizada, contratos en los que características como el sexo u origen racial del arrendatario, no son tenidas en cuenta por el arrendador. De hecho y, teniendo en cuenta justamente esto, el legislador alemán, en el § 19. (5) Nr. 3 *AGG* establece una presunción en contra de que los contratos de arrendamiento celebrados por arrendadores que alquilan menos de cincuenta viviendas, puedan ser considerados contratación en masa. Sin embargo, las circunstancias concretas en que se oferta la celebración del contrato, el hecho de que no se trate de una única vivienda sino de cincuenta, permiten presumir que el oferente prescindirá de tener en cuenta las

---

Ferienwohnungen über das Internet abgewickelt und hierbei auf eine individuelle Mieterauswahl verzichtet wird.

[474] BT-Drucksache 16/1780, p. 42*: "Kreditgeschäfte beruhen meist auf einer individuellen Risikoprüfung. Auch hier wird es sich deshalb nicht um Massengeschäfte handeln."*

[475] BT-Drucksache 16/1780, p. 42*: "Dies wird z.B. vielfach der Fall sein, wenn ein großer Wohnungsanbieter eine Vielzahl von Wohnungen anbietet."*

características del arrendatario, porque no podrá llevar a cabo una selección individualizada del cocontratante.

Este segundo tipo de contratos dirigidos al público, en los que la persona del contratante tiene una importancia secundaria, está concebido como un presupuesto de hecho residual[476], en el que podrán subsumirse aquellas relaciones contractuales respecto de las cuales no pueda probarse que, en el tráfico, no suele dársele ninguna importancia a la persona del cocontratante.

En todo caso, la regulación a la que se someterán los contratos subsumibles en el § 19. (1) Nr. 1 *AGG* será la misma que aquella a la que se someten los contratos en masa.

cc) La contratación de seguros

El tercer tipo de contratos a los que se aplica la prohibición de discriminación del § 19. (1) *AGG* son los contratos de seguros, que deben ser previstos expresamente, por no ser subsumibles en el § 19. (1) Nr. 1 *AGG*. Como he mostrado a lo largo de este trabajo, tanto en la contratación de seguros médicos como en la de seguros de vida o de automóviles, las compañías aseguradoras toman, típicamente, sus decisiones empresariales en base a características inmodificables del asegurado.

> En la sentencia del Tribunal Territorial Superior *(Oberlandesgericht)* de Stuttgart de 18.12.2007[477], una compañía aseguradora se negó a celebrar un contrato de seguro de incapacidad laboral debido a la discapacidad del tomador de seguros. Unos meses después de que tuviera lugar la denegación de la solicitud, el demandante fue declarado inválido y tuvo que dejar de trabajar debido a su falta de motricidad. El demandante considera que la compañía aseguradora ha infringido la prohibición de discriminación por discapacidad y solicita la indemnización de los daños sufridos. El Tribunal Territorial Superior de Stuttgart no aplica el *AGG* porque la

[476] MÜKO/THÜSING (2007), § 19 *AGG*, Mg. 41.
[477] OLG Stuttgart, 18.12.2007, *BeckRS 2008*, p. 688.

disposición transitoria del § 33. (4) *AGG* establece que la prohibición de discriminación en los contratos de seguros se aplicará a los contratos celebrados a partir del 22.12.2007. En base a la legislación entonces vigente el Tribunal considera que la negativa a contratar estaba justificada por haberse basado en un cálculo adecuado del riesgo.

dd) Valoración del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, religión, discapacidad, edad u orientación sexual

(1) La incongruencia de la exclusión de los contratos de crédito

El primer problema que plantea el ámbito de aplicación objetivo de la Ley general de igualdad de trato (*AGG)* es la exclusión de los contratos de crédito, que el legislador entiende que no pueden ser considerados ni contratación en masa, ni contratos en los que la persona del cocontratante tiene tan sólo una importancia secundaria.

Esta decisión legislativa no es congruente ni con la propia la Ley general de igualdad de trato (*AGG)*, ni con la regulación de la Directiva 2004/113/CE.

La objeción que puede hacerse a esta exclusión es que no se justifica que, por un lado, se permita a las entidades bancarias actuar al margen de las prohibiciones de discriminación, cuando, por otro, se está sometiendo a las compañías aseguradoras a dicha prohibición.

Desde el punto de vista del sujeto protegido, la negativa a concederle un crédito puede tener una repercusión tan negativa como la que tiene la negativa a celebrar con él un contrato de seguros. Las barreras en el acceso al crédito merman las posibilidades de la víctima de discriminación de participar en la vida económica y fomentan de forma significativa la exclusión.

Si adoptamos el punto de vista de las entidades bancarias, éstas proceden de forma muy similar a como lo hacen las compañías aseguradoras, ambas toman sus decisiones empresariales principalmente en base a un cálculo estandarizado del riesgo. En la decisión sobre la concesión de crédito el sexo u origen étnico del individuo concreto no tienen importancia, menos incluso que en la contratación de un seguro médico. El único extremo a tener en cuenta es que el solicitante de crédito reúna los requisitos que garantizan su solvencia. No se explica entonces la razón de permitir en la contratación bancaria una diferenciación que en la contratación de seguros está prohibida.

GREGOR THÜSING[478], DAGMAR SCHIEK[479] y HOLGER WENDTLAND[480] comparten esta visión y sostienen que tanto los contratos de crédito al consumo como los contratos de cuenta corriente e incluso la concesión de hipotecas, deberían quedar sujetos a la prohibición de discriminación.

(2) Exclusión de los oferentes particulares

El ámbito de aplicación objetivo de la prohibición de discriminación por razón de sexo, religión, discapacidad, edad y orientación sexual de la Ley general de igualdad de trato *(AGG)* admite, además, una crítica más general.

El mensaje de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE es claro en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación pues éstas hacen depender la vinculación a la prohibición del ámbito en que el sujeto se mueva el oferente. La Ley general de igualdad de trato *(AGG)*, por el contrario, no adopta un criterio único, parece querer tener en cuenta dos elementos.

Por una parte, la idea que defendía EDUARD PICKER de la contradicción en el comportamiento del oferente, que

[478] MÜKO/THÜSING, § 19 AGG, Mg. 25-28.

[479] SCHIEK/SCHIEK (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 19, Mg. 14.

[480] GAIER/WENDTLAND/WENDLANDT (2006), *AGG*, p. 13.

engarza con la protección de la dignidad. De acuerdo con este criterio lo que determinaría la vinculación a la prohibición sería la conducta incoherente y el atentado al honor de la víctima que ésta conlleva.

Por otra, la concepción según la cual, no puede exigirse el mismo grado de vinculación a la prohibición de discriminación de un oferente profesional que de un particular. Éstos últimos deben quedar, según el legislador alemán, en todo caso fuera del ámbito de aplicación del § 19. (1). Nr. 1 *AGG.* Hay razones que podrían haber motivado ese grado de exigencia distinta.

La existencia de un desequilibrio negocial entre el profesional y el consumidor, que no se da cuando los particulares contratan entre sí, que justificaría la mayor protección del consumidor y la consiguiente limitación de la autonomía de la voluntad del oferente profesional. La posición de fuerza le permitiría a dicho oferente imponerle al consumidor ciertas condiciones, entre las que podría contarse la aceptación de un trato discriminatorio.

Pero el desequilibrio de fuerzas, que podría desembocar en una situación de dependencia de la víctima de la discriminación respecto del discriminador, no proviene de la naturaleza profesional o particular del oferente. Lo decisivo a efectos de determinar la dependencia es si se trata de un profesional monopolista. Éste último sí puede negarse a contratar con alguien por motivos discriminatorios o puede estar tan sólo dispuesto a contratar con determinadas personas imponiéndoles peores condiciones. La situación de monopolio del profesional deja al consumidor desprovisto del instrumento de defensa que le otorga el mercado. La falta de alternativas podría incluso hacer peligrar la libertad de contratación del consumidor si el oferente monopolista se negara a contratar con él.

El legislador alemán, al hacer depender la sujeción a la prohibición de discriminación de la naturaleza de profesional del oferente, yerra porque convierte en decisivo un aspecto

que no es ni condición necesaria ni suficiente de una situación de monopolio.

Otra justificación posible sería el distinto grado de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad del que gozan un particular y un profesional. La protección de los derechos de la personalidad de un particular le garantizaría la posibilidad de discriminar, mientras que, en tanto que las actuaciones de un profesional no son tan dignas de protección, por no estar directamente relacionadas con su personalidad, esto justificaría que tuvieran que ceder ante el derecho a un trato no discriminatorio de la víctima.

Esta idea no es coherente, puesto que asumiendo que el art. 2 I de la Norma Fundamental (*GG*) esté decidiendo otorgar a ciertos comportamientos mayor protección que a otros por su relevancia para el desarrollo de la personalidad del individuo, no parece que dichos comportamientos privilegiados deban ser justamente aquellos que consisten en ofrecer bienes al público. Pero si así fuera, si lo que definiera la necesidad de protección fuera la conducta en sí misma, ¿por qué protegerla sólo cuando el que la realiza es un particular?

La única razón factor que permitirá explicar que se prohíba a un profesional una conducta discriminatoria que se permite a un particular es la probabilidad de repetición, que es mucho mayor cuando el que oferta en condiciones discriminatorias lo hace habitualmente. El peligro de repetición es, sin embargo, un aspecto a tener en cuenta al configurar las consecuencias jurídicas de la infracción y los mecanismos de defensa de la víctima, pero no el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación.

Lo que debe ser decisivo al determinar las relaciones que van a someterse a una norma es, más bien, la importancia que puede tener garantizar el respeto a dicho valor a efectos de logar la finalidad que se está persiguiendo. Está claro que el acceso en igualdad de condiciones a sectores como la vivienda, los bienes de consumo, el ocio, los transportes, los seguros y el crédito, es vital para que un individuo pueda considerarse miembro de una determinada comunidad.

Este derecho debe estar lógicamente mediado por la asunción de que, en ese ámbito, hay otros valores dignos de protección, que pueden entrar en conflicto con la protección frente a la discriminación. El legislador debe conseguir un equilibrio entre ambos valores.

Sin embargo, la posibilidad de negar a alguien la celebración de un contrato, que no da acceso al contratante a un ámbito privado y personal del oferente sea este profesional o particular, no pesa tanto en el juicio de proporcionalidad como el derecho a no ser discriminado.

d) La prohibición de discriminación por razón del origen racial o étnico

El § 19. (2) *AGG*, que remite al § 2. (1) Nr. 8 *AGG*, establece, ciñéndose a la Directiva 2000/43/CE, que la prohibición de discriminación por motivos de origen racial o étnico será aplicable al acceso a todo bien o servicio disponible para el público.

aa) Aplicación de la prohibición de discriminación por origen racial o étnico a toda oferta pública

Como el legislador alemán confirma expresamente en los materiales legislativos, es su intención someter a la prohibición de discriminación racial del § 19. (2) *AGG* no sólo a los profesionales sino también a los particulares, a todo aquel que haga una oferta pública[481].

> "[Esta disposición] abarca también los negocios de particulares si la celebración del contrato se oferta públicamente, como por

[481] A favor de esta interpretación: GRAF V. WESTPHALEN (2002), *ZGS*, p. 285; MAHLMANN (2002), *ZEuS*, p. 407; NICKEL (2001), *NJW*, p. 2669; A favor de una interpretación más restrictiva: MÜKO/THÜSING, § 19 AGG, Mg. 69.

> ejemplo la venta de un coche de segunda mano a través de un anuncio en un periódico[482]."

Aquí se plantea la cuestión de determinar cuándo ha considerado el legislador alemán que un bien o servicio ha sido ofertado públicamente. El elemento decisivo es que la declaración de voluntad del oferente haya abandonado su esfera privada:

> "Se entiende que los bienes y servicios se ponen a disposición del público si la oferta de celebrar un contrato se hace pública a través de anuncios en periódicos, escaparates, publicaciones en internet o de forma comparable. Esto depende tan sólo de que la declaración de voluntad haya abandonado la esfera privada del oferente[483]."

Es importante recordar aquí que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), la esfera privada no queda reducida al ámbito puramente doméstico, sino que ésta se define, justamente, por contraposición a la esfera pública. La protección de la esfera privada busca garantizar al individuo la posibilidad de actuar libremente, sin tener que ajustar su comportamiento a ciertos valores, sin someterse a la mirada crítica de otros:

> "La esfera privada que merece protección está presuponiendo un aislamiento, al que alguien se ha retirado, para estar solo y en el que, confiando en ese recogimiento, se comporta como no lo haría en público. El criterio del aislamiento tiene en cuenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, busca garantizar al individuo una esfera fuera de su hogar, en la que no se sienta en

---

[482] BT-Drucksache 16/1780, p. 42: *"Erfasst sind hier beispielsweise auch Geschäfte Privater, sofern der Vertragsschluss öffentlich angeboten wird, etwa der Verkauf des gebrauchten privaten PKW über eine Zeitungsannonce."*

[483] BT-Drucksache 16/1780, p. 32: *"Güter und Dienstleistungen werden praktisch dann der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt, wenn ein Angebot zum Vertragsschluss durch Anzeigen in Tageszeitungen, Schaufensterauslagen, Veröffentlichungen im Internet oder auf vergleichbarer Weise öffentlich gemacht wird. Es kommt nur darauf, dass die Erklärung über die Privatsphäre des Anbietenden hinaus gelangt."*

> constante observación y en la que no deba controlar su comportamiento en atención a esa observación[484]."

Así, el que se dirige a un círculo concreto e individualizado de personas, confiando en que su oferta no trascienda al público, no quedará obligado por la prohibición de discriminación.

bb) Valoración del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por razón del origen racial o étnico

Las opiniones doctrinales respecto del alcance del § 19. (2) *AGG* están divididas. Los críticos cuestionan dos aspectos de la disposición. Primero, la sumisión de los particulares no profesionales a la prohibición de discriminación. Además, el que baste con que la declaración de voluntad del oferente abandone su esfera privada para considerar que nos encontramos ante una oferta pública.

(1) Vinculación de los oferentes particulares

Los que critican que los particulares queden sometidos a la prohibición de discriminación[485], niegan que las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE estén imponiendo la obligación de sujetar a dicha prohibición a los oferentes que no actúan en calidad de profesionales[486].

---

[484] BVerfG, 15.12.1999, *NJW 2000*, p. 1025: *„Die schützenwerte Privatsphäre setzt eine örtliche Abgeschiedenheit voraus, in die sich jemand zurückgezogen hat, um dort objektiv erkennbar für sich allein zu sein und in der er sich im Vertrauen auf die Abgeschiedenheit so verhält, wie er es in der breiten Öffentlichkeit nicht tun würde. Das Kriterium der örtlichen Abgeschiedenheit trägt einerseits dem Sinn des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Rechnung, dem Einzelnen auch eine Sphäre außerhalb seiner eigenen Häuslichkeit zu sichern, in der er sich nicht unter ständiger öffentlicher Beobachtung weiß und sein Verhalten deswegen nicht im Hinblick auf diese Beobachtung kontrollieren muss."*

[485] STORK (2006), *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union,* p. 125.

[486] Contra la inclusión de particulares: STORK (2006), *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union*, 125 ss.;

En la medida en que el art. 3.1.h de la Directiva 2000/43/CE no alude expresamente a los particulares parece admitir, a primera vista, una interpretación que los excluya de su ámbito de aplicación.

> "Artículo 3: Ámbito de aplicación
> 1. Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:
> h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda."

Sin embargo, el hecho de que la Directiva 2000/43/CE, en su considerando 4º, explicite que la prohibición de discriminación racial no puede llevar a una limitación de la protección de la intimidad o de la vida familiar, es un indicio de que dicha prohibición se aplica también a las transacciones realizadas por particulares.

> Considerando 4º: "En el contexto del acceso al suministro de bienes y servicios y la oferta de los mismos, es asimismo importante respetar la protección de la intimidad y de la vida familiar y las transacciones realizadas en dicho contexto."

Si tan sólo los profesionales estuvieran sujetos a la prohibición no sería necesario poner este límite, ya que éstos se definen justamente por actuar fuera de un marco privado. Únicamente si todo individuo que oferta un bien o servicio públicamente, queda sometido a la prohibición de discriminación, es necesario limitar expresamente el ámbito de de la prohibición a las transacciones realizadas fuera de la esfera familiar.

A pesar de esto, FLORIAN STORK ha sostenido que tras la aprobación de la Directiva 2004/113/CE, la interpretación

---

SCHÖBENER/STORK (2004), *ZEuS*, 75; A favor: WIEDEMANN/THÜSING (2002), *DB*, 463, 465; GRAF V. WESTPHALEN (2002), *ZGS*, 283, 285; GAIER/WENDTLAND/GAIER (2006), *AGG*, p. 17.

favorable a la sujeción de los particulares a la Directiva se tambalea[487].

En la propuesta de Directiva 2004/113/CE, la Comisión especificó qué relaciones contractuales quería someter a la prohibición de discriminación sexual. Y en tanto que afirmó que el concepto de bienes y servicios era el mismo que el de la Directiva 2000/43/CE, sus aclaraciones son extrapolables a esta última.

> "La Directiva no se aplica a las transacciones que se lleven a cabo en un marco puramente privado, como, por ejemplo, el alquiler de una vivienda de vacaciones a un miembro de la familia, o el de una habitación en una casa particular. De esta forma, el concepto de bienes y servicios tiene el mismo significado que en la Directiva 2000/43/CE del Consejo, y debe restringirse a los que *se ofrecen habitualmente mediante pago*."

La alusión de la Comisión a la necesidad de que los bienes o servicios en juego se ofrezcan habitualmente podría ser un indicador de que los negocios realizados por particulares no profesionales deben quedar fuera del ámbito de aplicación pues éstos suelen celebrarse sólo de forma puntual.

Sin embargo, la Propuesta de Directiva 2004/113/CE elige la expresión "se ofrecen habitualmente mediante pago" contraponiendo dichos negocios al alquiler de una habitación en la propia casa o a un arrendamiento entre familiares. Dicha formulación debe interpretarse, a mi entender, más bien como el intento de distinguir entre negocios onerosos y gratuitos.

En todo caso y si nos atenemos al principio de que las excepciones de una norma deben interpretarse restrictivamente, debe prevalecer una interpretación de la Directiva 2004/113/CE favorable a la aplicación de la prohibición de discriminación a todo negocio que no se celebre en un marco puramente privado y, por tanto, también a las ofertas realizadas por particulares.

---

[487] STORK (2006), *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union,* p. 125.

e) Relaciones excluidas del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación

La Ley general de igualdad de trato (*AGG*) excluye expresamente ciertas relaciones contractuales del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación.

aa) Relaciones obligacionales de derecho de familia o sucesorio

Para empezar, el legislador alemán aclara, en el § 19. (4) *AGG*, que la prohibición de discriminación no será aplicable a las relaciones obligatorias de derecho de familia o de derecho sucesorio**.**

> *"§ 19. (4) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse."*
>
> „§ 19. (4) Las disposiciones de esta sección no serán aplicables a las relaciones obligacionales de derecho de familia o sucesorio."

Esta excepción plantea un problema de adecuación con el ámbito de aplicación objetivo de la ley. No tiene sentido excepcionar la aplicación de una norma a supuestos que de no existir la excepción tampoco quedarían dentro del ámbito de aplicación de la disposición. En el derecho de familia las relaciones ni se establecen, por regla general, con independencia la persona de que se trate (§19. (1) *AGG)*, ni se ofertan al público § 19 y § 2. (1) Nr. 8 *AGG*.

bb) Relaciones de especial proximidad o confianza

El segundo tipo de relaciones a las que no será aplicable la prohibición de discriminación son aquellas en las que se establece una relación de especial proximidad o confianza entre las partes.

> *"§ 19. 5 Die Vorschriften dieses Abschnittes finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder*

> *ihren Angehörigen begründet wird. Bei Mietverhältnisse kann das insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen.“*
>
> „ § 19. 5 Las disposiciones de esta sección no serán aplicables a las relaciones obligatorias en las que se establece una relación de especial proximidad o confianza entre las partes o sus familiares. Esto sucederá, en especial, en el caso de un arrendamiento de inmuebles si las partes o familiares de éstas, usan una vivienda situada en el mismo terreno.”

Con esta excepción, el legislador trata de dar respuesta a la necesidad apuntada por las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE de compatibilizar la protección frente a la discriminación con el respeto a la vida privada y familiar[488].

El concepto de relación de proximidad, utilizado por el legislador, introduce una nueva categoría de relaciones contractuales, que no tiene precedente en el derecho civil alemán[489].

El legislador nos da pistas, en los materiales legislativos, sobre cómo debemos interpretar esta excepción. En todos aquellos casos en que el contrato, de celebrarse, le daría acceso a la potencial víctima de la discriminación a la esfera privada del otro, entenderemos que la relación que se establece es de especial proximidad[490].

> Podrán, por tanto, ser subsumidas en el § 19. (5). 1 *AGG* aquellas relaciones que estén presuponiendo una relación de especial intimidad entre las partes como pueden ser los servicios de cuidado y asistencia. Además, quedarán incluidos aquí todos aquellos supuestos en que se celebre un contrato de arrendamiento de servicios, que se ejecuten típicamente en el ámbito doméstico. La ley va sin embargo más lejos y cita, a modo de ejemplo, el supuesto de un contrato de arrendamiento de una

---

[488] BT-Drucksache 16/1780, p. 42: „*Absatz 5 trägt den Maßgaben des Erwägungsgrundes 4 der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG sowie des Erwägungsgrundes 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt 2004/113/EG Rechnung wonach der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigte Geschäfte gewahrt bleiben soll.“*

[489] GAIER/WENDTLAND/GAIER (2006), *AGG*, p. 24.

[490] MÜKO/THÜSING (2007), § 19 *AGG*, Mg. 108.

> vivienda adyacente al domicilio del oferente o de una vivienda que esté situada en el mismo terreno que la habitada por el arrendador. Aquí, debemos tener en cuenta, que la finalidad perseguida por la excepción es la protección de la esfera privada. No siempre que se alquila una vivienda en un mismo terreno, se establece esa relación de proximidad que legitima que el arrendador quede liberado de su obligación de no discriminar.

El legislador excluye también de la prohibición de discriminación otro tipo de contratos caracterizados por la confianza que una parte deposita en la otra.

Según el redactor de la norma, podrá considerarse que existe una relación de confianza si lo que está en juego es un negocio especialmente importante o que va a dar lugar a una relación larga y estrecha entre los contratantes:

> "Una relación de proximidad o confianza en el sentido del § 19. (5). 1 *AGG*, exige la existencia de una relación, que va más allá del contacto personal que presupone toda relación contractual. Ésta podría basarse, por ejemplo, en que se trate de un negocio especialmente importante para la persona sometida a la prohibición de discriminación o en que el contrato vaya a dar lugar a una relación especialmente larga y estrecha entre los contratantes[491]."

Algunos autores han afirmado que excepción de la Ley general de igualdad de trato (*AGG)* plantea problemas de compatibilidad con las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE y han abogado por no aplicar la exclusión en aquellos casos en los que no pueda considerarse que está en juego la protección de la vida privada[492].

---

[491] BT-Drucksache 16/1780, pp. 42-43: „*Ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis im Sinne von Satz 1 erfordert eine Beziehung, die über das hinausgeht, was ohnehin jedem Schuldverhältnis an persönlichem Kontakt zugrunde liegt. Dies kann beispielsweise darauf beruhen, dass es sich um ein für die durch das Benachteiligungsverbot verpflichtete Person besonders bedeutendes Geschäft handelt, oder dass der Vertrag besonders engen oder lang andauernden Kontakt der Vertragspartner mit sich bringen würde.*"

[492] GAIER/WENDTLAND/ GAIER (2006), *AGG*, p. 28; MÜKO/THÜSING (2007), § 19 AGG, Mg. 111.

En mi opinión, la sujeción a la prohibición de discriminación de una relación contractual no puede depender, como pretende el legislador alemán, de la duración de ésta. Basta con recordar que las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE se aplican, por ejemplo, a contratos de arrendamiento o a la contratación de seguros o de créditos bancarios, para darse cuenta de que la duración del contrato no es relevante.

Respecto de la "relación especialmente estrecha", ésta es una característica cuya concurrencia o bien se deja totalmente a la apreciación del oferente o bien se objetiva en base a ciertos criterios, que atendiendo a las obligaciones impuestas por las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, sólo puede ser el que el contrato dé acceso a la vida privada o familiar.

cc) Presunción de exclusión de los arrendamientos en los que el arrendador oferta menos de cincuenta viviendas

El legislador alemán ha querido regular de forma expresa el régimen aplicable a los contratos de arrendamiento de viviendas:

> *"§ 19. (5). 3 Die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch ist in der Regel kein Geschäft im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet."*
>
> "§ 19. (5). 3 El arrendamiento de una vivienda, que no se alquile sólo temporalmente, no será considerado, por lo general, un negocio de los previstos en el apartado 1 Nr. 1 si el arrendador no alquila más de 50 viviendas."

En el § 19. (5). 3 *AGG* establece una presunción en contra de que los contratos de arrendamiento celebrados por arrendadores que alquilan menos de cincuenta viviendas puedan ser considerados contratos del § 19. (1). 1 *AGG*. La Ley general de igualdad de trato (*AGG*) presume que, en tales supuestos, sí tienen importancia para el oferente las características inmodificables del cocontratante, siempre que

no se trate de un contrato temporal como puede ser el alquiler de una habitación en un hotel o una casa de veraneo.

Observemos aquí, que el § 19. (5). 3 *AGG*, no se aplica a la prohibición de discriminación por razón de origen racial o étnico prevista en el § 19. (2) *AGG*, con lo que todo arrendador que oferte una vivienda públicamente, quedará sometido a esa prohibición de discriminación racial.

> Esto pasaba desapercibido al Tribunal Territorial (*Landgericht*) de Aachen en su sentencia de 17.3.2009[493], que resolvió sobre un supuesto en que la portera de un edificio en que se arrendaba una vivienda, se negó a mostrar el piso a un potencial arrendador diciéndole: "No se alquila a negros (*Neger*), ah… a afroamericanos y turcos."

La exclusión de los arrendadores que oferten menos de cincuenta viviendas, pone de relieve lo controvertido que es someter los contratos de arrendamiento de inmuebles a la prohibición de discriminación. El legislador alemán, que por una parte ha querido ampliar el ámbito de protección del derecho comunitario, prohibiendo también la discriminación por razón de religión, edad o identidad sexual, se vuelve aquí cauteloso. En lo que se refiere a las discriminaciones en el acceso a la vivienda por razones distintas del sexo u origen étnico, es libre de excluirlas, pues no existe ninguna disposición comunitaria que le obligue a prohibirlas.

El problema lo plantea la discriminación por razón de sexo, pues frente a ésta, la Directiva 2004/113/CE sí fija una protección mínima, que los Estados deben garantizar. Para determinar si la excepción prevista por el legislador alemán es compatible con la Directiva 2004/113/CE, habrá que preguntarse si ésta admite la vinculación de aquellos arrendadores que arrienden menos de cincuenta viviendas.

La Directiva 2004/113/CE no prevé una exclusión expresa en este sentido. Sin embargo, de la configuración de las relaciones contractuales que quedan fuera de la prohibición de discriminación parece deducirse que ésta se aplica a

[493] LG de Aachen, 17.3.1009, *BeckRS 2009*, p. 08781.

todos aquellos contratos que no estén específicamente destinados a mujeres u hombres.

En la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva 2004/113/CE presentada por la Comisión, ésta definía las relaciones contractuales excluidas del ámbito de aplicación de la siguiente forma:

> "Algunos bienes o servicios van destinados específicamente a hombres o a mujeres (como los horarios exclusivos en una piscina, o determinados clubes privados). En otros casos, la misma actividad se practica de modo distinto según los clientes sean hombres o mujeres. La Directiva no interferiría con tales diferencias, en las cuales los hombres y las mujeres no se encuentran en una situación comparable. Para evitar interpretaciones inadecuadas de la prohibición de discriminación, este artículo deja claro que la Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando se basan en bienes o servicios destinados específicamente a hombres, a mujeres, o a actividades que se practican de modo distinto con hombres y con mujeres[494]."

En la medida en que la vivienda no puede considerarse un bien destinado específicamente a mujeres u hombres, no cabría excluir su oferta, en abstracto, de la prohibición de discriminación.

No es esto último, sin embargo, lo que hace el legislador alemán, que se limita a establecer una presunción a favor de que el arrendador que alquila menos de cincuenta viviendas, le da importancia al sexo del potencial arrendatario. Tomada como lo que es, es decir, una presunción que admite prueba en contrario, esta disposición no es contraria a derecho comunitario. Habrá que evitar caer en la tentación de aplicarla de forma indiferenciada, como un presupuesto de hecho que, de darse, excluye automáticamente la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

[494] COM (2003) 657, p. 14.

f) La justificación de la diferencia de trato en la Ley general de igualdad de trato (*AGG*)

Las causas de justificación aplicables a las diferencias de trato que tienen lugar en el acceso a bienes y servicios, están reguladas en el § 20 *AGG.*

> *„§ 20. (1) 1 Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung*
>
> *1.* der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient*,*
> *2. dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt,*
> *3. besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt,*
> *4. an die Religion eines Menschen anknüpft und im Hinblick auf die Ausübung der Religionsfreiheit oder auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform sowie der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion zur Aufgabe machen, unter Beachtung des jeweiligen Selbstverständnisses gerechtfertigt ist.*

> *„§ 20. (2) Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 bei den Prämien oder Leistungen nur zulässig, wenn dessen Berücksichtigung bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen führen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist im Falle des § 19 Abs.1 Nr. 2 nur zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen.“*

> „§ 20. (1) 1 No existirá violación de la prohibición de discriminación si la diferencia de trato por razón de la religión, de

una discapacidad, de la edad, de la identidad sexual o del sexo obedece a una razón objetiva. Esto se dará, por ejemplo, en aquellos casos en que la diferencia de trato

1. persiga la evitación de peligros o la producción de daños u otros fines parecidos.
2. obedezca a la necesidad de proteger la esfera íntima o trate de garantizar la seguridad personal.
3. consista en ofrecer ciertas ventajas y no exista un interés en imponer la igualdad de trato.
4. esté motivada por la religión de una persona y atendiendo al ejercicio de la libertad de culto o al derecho de autodeterminación de las comunidades religiosas o de las instituciones que de ellas dependan, con independencia de su forma jurídica, así como de las asociaciones que se dedican a practicar en comunidad una religión, teniendo en cuenta la concepción de cada cual, está justificada."

„§ 20. (2) En el caso del § 19 ap. 1 Nr. 2 una diferencia de trato por razón de sexo en la fijación de las primas y prestaciones, está justificada si el sexo constituye un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos relevantes y exactos. Los costes relacionados con el embarazo y el parto no podrán llevar en ningún caso a diferencias en las primas y prestaciones. Una diferencia de trato por razón de la religión, de una discapacidad, de la edad o la identidad sexual sólo es admisible si está basada en reconocidos principios de cálculo de riesgos, en especial en una valoración del riesgo determinada a partir de datos actuariales y estadísticos."

aa) La justificación de las diferencias de trato basadas en el sexo

El artículo § 20 *AGG* consta de una cláusula general (§ 20. (1) 1 Nr. 1 *AGG)* y de la regulación de unos supuestos de hecho concretos, que el legislador ha concebido como un catálogo abierto (§ 20. (1). 1 Nr. 1-4 *AGG*).

El § 20. (1) *AGG* autoriza las diferencias de trato por razón de sexo, que persigan una finalidad legítima. A efectos de indicar los propósitos que podrán ser considerados legítimos, el legislador ha hecho alusión expresa a algunos de ellos, como son la evitación de peligros, la protección de la esfera íntima y la seguridad personal y la atribución de ciertos privilegios.

En el ejemplo del § 20. (1). 1 Nr. 1 *AGG*, el legislador se refiere al supuesto de instituciones de acogida de mujeres víctimas de violencia sexual, que limitan al acceso a los miembros del otro sexo[495].

La excepción contenida en el § 20. (1). 1 Nr. 2 *AGG* busca dar respuesta a aquellos casos en que, por ejemplo, en piscinas o saunas se establecen horarios de apertura distintos para hombres y mujeres.

El intento de garantizar la seguridad personal podría justificar también que se reservaran unas plazas de parking a mujeres, pues éstas corren el riesgo de ser víctimas de delitos contra la libertad sexual[496].

El § 20. (1). 1 Nr. 3 *AGG* recoge aquellos supuestos en los que se dispensa un trato más favorable a personas justamente por razón de su sexo y no existe un interés en imponer la igualdad de trato. Esta causa de justificación guarda cierta similitud con la idea de la discriminación positiva[497]. Debe ser admisible compensar la posición más débil en que se hallan ciertos individuos justamente por pertenecer a un grupo.

El § 20. (1). 1 Nr. 3 *AGG* contempla también la posibilidad de atribuir privilegios a determinados colectivos, siempre que en el supuesto concreto no exista un interés en imponer el respeto al principio de igualdad. Esta disposición permite justificar estrategias comerciales que traten de atraer a un determinado público, como podrían ser eventos como las "Ladie's Nights", en los que las mujeres pueden entrar gratis a discotecas o bares.

El § 20. (2) *AGG* prevé además, haciendo uso de la facultad que la Directiva 2004/113/CE reconoce en su art. 5.2 a los Estados miembros, la posibilidad de autorizar diferencias proporcionadas de las prestaciones basadas en el sexo

[495] BT-Drucksache 16/1780, 43.
[496] BT-Drucksache 16/1780, 44.
[497] MÜKO/THÜSING, § 20 AGG, Mg. 41.

siempre que éste constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos relevantes y exactos.

Ya me he pronunciado extensamente sobre esta decisión legislativa que obedece al intento de evitar todos aquellos efectos negativos apuntados por los sectores críticos con la imposición de la prohibición de discriminación en la contratación de seguros. Han prevalecido así el miedo al fenómeno de la selección adversa[498] o al aumento de la tarificación[499] sobre el intento de corregir una práctica que aún estando basada en datos estadísticos, continúa fijando primas distintas en función del sexo del asegurado, ignorando los aspectos realmente relevantes a efectos de calcular el riesgo.

bb) La justificación de las diferencias de trato basadas en la religión, edad, discapacidad y orientación sexual

En tanto que el legislador alemán, ha extendido la prohibición de discriminación a las diferencias de trato motivadas por la religión, edad, discapacidad u orientación sexual de la víctima, el § 20 *AGG* también posibilita ciertas diferencias de trato basadas en dichos motivos.

El supuesto del § 20. (1). 1 Nr. 1 *AGG* permitirá justificar la medida adoptada por un parque de atracciones, que establezca que personas con ciertas deficiencias físicas no pueden montar en determinadas atracciones o la limitación, por parte de los responsables de instalaciones del acceso a deportes de riesgo a personas que hayan superado una determinada edad.

El § 20. (1). 1 Nr. 3 *AGG* recoge aquellos supuestos en los que se dispensa un trato más favorable a personas justamente por razón de su religión, discapacidad, edad,

[498] Ver el capítulo segundo de este trabajo, apartado III. 1. cc) 1.1.
[499] Ver el capítulo segundo de este trabajo, apartado III. 1. cc) 6.

orientación sexual y no existe un interés en imponer la igualdad de trato. Son éstos aquellos supuestos en los que se ofrecen condiciones más ventajosas a determinados clientes, como es el caso de las rebajas para estudiantes[500], que en principio podrían ser consideradas una discriminación indirecta por razón de la edad.

> El Tribunal de 1ª Instancia (*Amtsgericht*) de Mannheim consideró, en su sentencia de 6.6.2008, subsumible bajo esta causa de justificación, la imposición de tarifas más reducidas a los usuarios de autobuses que pudieran acreditar su condición de estudiantes o de mayores de 60 años. La discriminación por razón de la edad estaba justificada porque no existía ninguna necesidad de prohibir dicha práctica. De haberlo hecho, el oferente no hubiera reaccionado haciendo extensiva la rebaja a todos los usuarios sino suprimiendo la ventaja otorgada a los clientes favorecidos por ésta.

El § 20. (1). Nr. 4 *AGG* permite, además, justificar ciertas diferencias de trato por razón de las convicciones religiosas. El que alguien actúe en el tráfico civil de conformidad con normas de conducta que son expresión de sus creencias, está protegido por la libertad religiosa y de culto. El precepto prevé sólo que puedan justificarse las discriminaciones motivadas por la religión de la víctima de la discriminación.

El § 20. (2). 3 *AGG* posibilita la autorización de diferencias de trato por razón de la religión, de una discapacidad, de la edad o la identidad sexual basadas en una valoración del riesgo determinada a partir de datos actuariales y estadísticos.

Sobre las posibilidades de justificación de una negativa a contratar un seguro de incapacidad laboral debido a la discapacidad del tomador del seguro, se pronunciaba el Tribunal Territorial Superior (*Oberlandesgericht*) de Stuttgart en la sentencia de 18.12.2007, a la que ya he hecho mención. Aunque el supuesto de hecho no caía dentro del ámbito de aplicación temporal de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*), el resultado de la decisión hubiera sido

[500] BT-Drucksache 16/1780, 44.

presumiblemente el mismo de haberse aplicado esta ley. El Tribunal considera legítima la negativa a contratar porque la compañía aseguradora basó su decisión contractual en el elevado riesgo de que se produjera la eventualidad frente a la que el tomador de seguros se pretendía asegurar. El Tribunal entiende que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas exige, en interés de todos los asegurados, llevar a cabo un cálculo adecuado de riesgos y excluir los malos riesgos.

El legislador alemán ha optado por permitir también la justificación de las negativas a contratar, alejándose de la distinción que hace el ordenamiento europeo entre la denegación del contrato y la diferencia de primas. Esta decisión de política legislativa se explica seguramente debido a las características frente a las que protege la ley alemana, como son la edad o la discapacidad. En tanto que la producción de la eventualidad puede depender predominantemente de dicha característica, es comprensible que el asegurador pueda negarse a contratar con alguien en base a ésta. La edad muy avanzada del tomador de ciertas modalidades de seguros de vida, podría razonablemente justificar una negativa a contratar. Sin embargo, si cabe la adopción de una decisión menos gravosa como la contratación pagando una prima más elevada o excluyendo la protección frente a ciertos riesgos, la denegación de la prestación no está justificada.

cc) La justificación de las diferencias de trato basadas en el origen étnico o racial: La creación de estructuras estables de urbanización

El legislador alemán ha permitido, sin embargo, a parte de las medidas positivas (§ 5 *AGG*) otra forma de diferenciación en base al origen étnico, que no está apoyada en la Directiva 2000/43/CE[501].

[501] DERLEDER (2007), *NZM* ,p. 632.

> *"§ 19. (3) AGG Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozialstabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig."*
>
> "§ 19. (3) AGG En el arrendamiento de viviendas están permitidas aquellas diferencias de trato que tratan de establecer o mantener estructuras de población socialmente estables y de urbanización equilibrada, así como relaciones económicas, sociales o culturales equilibradas."

Esta causa de justificación está basada en el § 6. 3 de la Ley para el fomento de la vivienda de 13 de septiembre de 2001 (*Gesetz über die soziale Wohnraumförderung,* en adelante *Wohnraumförderungsgesetz*), que regula los principios que deben regir una política sostenible de fomento de la vivienda.

Entre estos principios se cuenta el mantenimiento de estructuras de urbanización y población estables. Este principio tiene sentido aplicado a políticas estatales, que son el objeto de regulación de la Ley para el fomento de la vivienda ("*Wohnraumförderungsgesetz"*). En este contexto de lo que se trata es de fijar unos criterios que permitan a la Administración decidir sobre la concesión de subvenciones a particulares para hacer frente al pago del alquiler de su vivienda. La Ley para el fomento de la vivienda ("*Wohnraumförderungsgesetz"*) impone a la Administración, la obligación de evitar la creación de *ghettos* al conceder dichas ayudas al alquiler.

A esa misma finalidad obedece el § 19. (3) *AGG*. El legislador ha explicado, en los materiales legislativos, que lo que trata de evitar, al permitir ciertas diferencias de trato en el arrendamiento de viviendas, es el aislamiento en ciertas zonas urbanas de individuos pertenecientes a determinados orígenes étnicos.

> "La ciudad europea apuesta por la integración y con ello garantiza las condiciones para una convivencia de las culturas sin exclusiones recíprocas. Cuanto mayor es la solidaridad, menos

> discriminaciones por origen étnico o por otras razones previstas por la ley se producen[502]."

Aclara el legislador que lo que no cabe justificar acogiéndose al § 19. (3) es una representación minoritaria de determinados grupos[503].

Esta causa de justificación plantea, para empezar, problemas prácticos pues atribuye una función originariamente concebida para ser cumplida por la Administración a los particulares[504]. Estos últimos no tienen, sin embargo, datos suficientes que les permitan determinar de forma objetiva si la estructura de urbanización o población está equilibrada o no o si el arrendamiento de una vivienda a alguien puede poner en peligro tal equilibrio.

La crítica más importante que puede hacerse a esta disposición es la falta de compatibilidad con la Directiva 2000/43/CE[505]. En la medida en que el § 19. (3) se aplica a diferenciaciones étnicas, la ley está posibilitando la justificación de conductas que de acuerdo con el derecho comunitario deberían estar prohibidas. El artículo 5 de la Directiva 2000/43/CE permite justificar, en el acceso a bienes y servicios, tan sólo las acciones positivas, es decir las medidas estatales tendentes "a prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto."

---

[502] BT-Drucksache 16/1780, p. 42: *"Die europäische Stadt setzt auf Integration und schafft damit die Voraussetzungen für ein Zusammenleben der Kulturen ohne wechselseitige Ausgrenzung. Je stärker der Zusammenhalt, desto weniger kommt es zu Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft oder aus anderem in Gesetz genannten Gründen."*

[503] BT-Drucksache 16/1780, p. 42: *"Selbstverständlich ist damit keine Unterrepräsentanz bestimmter Gruppen zu rechtfertigen."*

[504] MÜKO/THÜSING, § 19 AGG, Mg. 82; Plantean también la discusión sobre la compatibilidad con el derecho europeo: DERLEDER (2007), *NZM,* p. 632; SCHIEK/SCHIEK (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 19, Mg. 22.

[505] MÜKO/THÜSING, § 19 AGG, Mg. 89; SCHIMDT/RÄNSCH (2007), *NZM*, p.13

La decisión de política legislativa que ha motivado la inclusión de esta causa de justificación se explica por el intento de facilitar la convivencia de habitantes pertenecientes a distintas etnias o procedentes de entornos culturales diferentes. Parece que el legislador alemán ha actuado motivado por la convicción de que es más apropiado fomentar la integración de las minorías evitando la formación de grupos homogéneos.

Es evidente que la protección frente a la discriminación debe incluir medidas tendentes a evitar la segregación espacial y social[506]. Sin embargo, un derecho antidiscriminatorio concebido como protección de la diferencia, comporta necesariamente la garantía de la no asimilación, a pesar de la inclusión. El interés por mantener ciertas costumbres o formas de vida puede llevar a que los miembros de minorías étnicas prefieran convivir con personas con las que tienen afinidad cultural o lingüística. Cuando la formación de grupos culturales homogéneos, sea fruto de la decisión voluntaria de un determinado colectivo, el derecho antidiscriminatorio debería respetar dicha decisión. Esta solución es coherente, en el fondo, con la protección de la vida privada, que el ordenamiento comunitario pone como límite a las políticas antidiscriminatorias. La decisión sobre el lugar en que uno vive, afecta a la vida privada, en este caso no de aquellos que pretenden justificar conductas discriminatorias, sino de las minorías étnicas.

El legislador alemán no debería haber permitido que los arrendadores puedan excluir a ciertos arrendatarios en base a su origen étnico para evitar la formación de grupos culturales homogéneos. La realidad es que esta posibilidad de justificación sólo perjudicará, en la práctica, a los miembros de minorías étnicas y raciales, dificultándoles el acceso a la vivienda. En la medida en que se da una coincidencia entre una capacidad económica limitada y la

[506] SCHIEK/SCHIEK (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 19, Mg. 20; SCHIEK/SCHIEK (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Einl. AGG, 20; SCHIEK (2000) *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 182.

pertenencia a una minoría, se reducen las pocas opciones, que ciertos colectivos tienen, de disponer de un domicilio.

3. La prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios en el ordenamiento jurídico español

A diferencia de la transposición alemana, que como he tratado de mostrar, determina de una forma muy exhaustiva las relaciones contractuales, que quedarán sometidas a la prohibición de discriminación por razón de sexo y de origen étnico, el legislador español ha sido mucho más parco en su regulación.

a) Las disposiciones aplicables de la Ley Orgánica 3/2007, del Real Decreto 1361/2007 y de la Ley 62/2003

La Ley Orgánica 3/2007 determina, en su art. 69, el siguiente ámbito de aplicación:

> Artículo 69. Igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios.
> 1. Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, **suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar**, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.

Además el art. 71.1 de la Ley Orgánica 3/2007 menciona expresamente que la contratación de seguros quedará también sujeta a la prohibición de discriminación.

En principio, dicho artículo prohíbe la práctica consistente en determinar las prestaciones que el tomador de seguros deberá pagar, en base a su sexo. Sin embargo, en el segundo párrafo del art. 71.1, la propia ley permite que, vía reglamento, se autoricen aquellas diferencias de primas por razón de sexo que se basen en datos actuariales estadísticos pertinentes y fiables.

> Artículo 71. *Factores actuariales.*
> 1. Se prohíbe la celebración de contratos de seguros o de servicios financieros afines en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas.
> No obstante, reglamentariamente, se podrán fijar los supuestos en los que sea admisible determinar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables.

El Gobierno ha hecho uso de esa facultad, aprobando el Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre de 2007, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados:

> "Artículo único. Modificación del Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre.
> Catorce. Los apartados 6, 7 y 8 del artículo 76, «Pólizas y tarifas de primas», quedan redactados en los siguientes términos:
> 7. **Cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes,** fiables y acreditables en función del análisis del riesgo realizado por la entidad, **podrán admitirse diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones** de las personas consideradas individualmente. No obstante lo anterior, en ningún caso los costes y riesgos relacionados con el embarazo y el parto justificarán diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente."

Por lo que se refiere a las discriminaciones por motivos de origen racial o étnico, el art. 29 de la Ley 62/2003 establece el siguiente ámbito de aplicación objetivo:

> "La presente sección tiene por objeto establecer medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas sea real y efectivo en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, **la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios.**"

b) La prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios en la jurisprudencia española

Los Tribunales españoles se han pronunciado ya, en supuestos en los que tenían lugar conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios. No todos los casos resueltos atañían a comportamientos excluyentes por razón de sexo u origen étnico, sin embargo, en tanto que afectan al objeto de estudio de este trabajo por lo que se refiere al ámbito de aplicación, haré una breve mención a éstos. Los casos permiten ilustrar el tipo de discriminaciones que se pretende evitar.

aa) Discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público

Los siguientes dos supuestos de discriminación por origen racial en el acceso a establecimientos abiertos al público, resueltos por el Tribunal Supremo, eran muy claros, en tanto que la motivación excluyente se manifestaba abiertamente.

En el primer caso en forma de aversión y en el segundo como "*catering others aversión"*.

> En el caso de la STS, 2ª, 29.9.1998 (RJ 1998/6467; MP: José Jiménez Villarejo) el dueño de un concesionario de coches se negó a atender a un comprador negro, diciéndole: "yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros". La AP de Murcia condenó al autor por un delito de denegación discriminatoria de una prestación (art. 512 CP) a una pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión. El TS desestimó el recurso de casación.
>
> Los hechos que dieron lugar a la STS de 21.5.2001 (EDJ 2001/11764; MP: Roberto García-Calvo y Montiel) fue la decisión del portero de un *pub* de prohibir la entrada en el establecimiento a dos clientes por razón de su origen étnico, aduciendo que había recibido órdenes en ese sentido. La AP (11.6.1999) condena al acusado a la pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio del oficio de portero en establecimientos públicos y de la hostelería. El TS no da lugar al recurso de casación.

No tan evidente resultaba el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (SAP de Castellón 2.3.2002 ([ARP 2002/352; MP: José Luís Antón Blanco]) en el que la dueña de un bar negó la entrada a su local a un magrebí. Las afirmaciones de la propietaria del establecimiento no permitían inferir una motivación xenófoba clara, con lo que el Juez de Instrucción sobreseyó la causa por falta de prueba. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal y afirmó:

> " […] parece evidente que una discriminación en la expedición de unos productos a los que se tiene derecho a adquirir por el mero hecho de solicitarlos, supondría un trato discriminatorio, innegablemente vejatorio, que por lo menos podría merecer la calificación de una falta "ex" art. 620.2.CP."

A mi entender, la forma de proceder de la Audiencia Provincial de Castellón, que consideró que "[la] denuncia de la persona agraviada […] ya por sí sola hubiere merecido el estudio del caso" y que tuvo en cuenta que "ya exist[ía] otra denuncia contra la misma denunciada, que tendría el mismo contenido xenófobo" a efectos de considerar probada la discriminación, fue la correcta. Esta aplicación de la prohibición de discriminación no ignora la necesaria inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación, en los que la víctima sólo deberá demostrar que existen indicios de una conducta excluyente.

La Audiencia Provincial de Castellón no otorgó excesiva importancia al informe del Sargento de la Guardia Civil, según el cual "por observación directa únicamente los dueños no sirven a aquellos magrebís que no pagan las consumiciones o que protagonizan altercados o peleas con otros compatriotas suyos en el referido local, habiéndose observado que otros magrebís sí acceden al bar e incluso consumen en el mismo, sin ningún tipo de impedimento o problema". De hecho, estas declaraciones, más que cuestionar la realidad de la conducta discriminatoria, la corroboraban en la medida en que indirectamente aportaban una explicación del comportamiento de la dueña del bar, que podría catalogarse como discriminación estadística.

De forma poco satisfactoria resolvía la Audiencia Provincial de Sevilla (AAP de Sevilla de 9.1.2004 [JUR 2004\68791; MP: José Manuel de Paúl Velasco]) un supuesto en que el portero de una discoteca le denegó el acceso a ésta a los dos denunciantes, afectados de discapacidad motora. El Juzgador dio por válida la explicación aducida por el imputado, que afirmó que la negativa no obedecía a la discapacidad de los denunciantes sino a que éstos no exhibieron el sello en la mano, acreditativo de haber entrado con anterioridad en el establecimiento.

El hecho de que el vigilante sólo vedara la entrada a los dos denunciantes mientras, en el mismo momento, dejaba entrar a sus acompañantes a pesar de que éstos tampoco tuvieran el sello, es un claro indicio de que la negativa se debió a una actitud discriminatoria.

bb) Discriminación en el acceso a un gimnasio

A mi juicio, de forma equivocada, la Audiencia Provincial de Madrid (SAP de Madrid 12.7.2002 [JUR\2002\278854; MP: Adoración María Riera Ocáriz]) consideró no constitutiva del delito del art. 512 CP la negativa a matricular en un gimnasio a una niña con una minusvalía psíquica, por la convicción de la dueña de que ésta carecía de las facultades necesarias para seguir las clases.

> El Juzgado de lo Penal de Móstoles absolvió a la acusada del delito previsto en el art. 512 CP. El MF presentó recurso de apelación por entender que la conducta de la acusada sí constituía una negativa discriminatoria a prestar, pues la dueña del gimnasio no comprobó si realmente las limitaciones de la niña minusválida le impedían seguir la clase.

La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia y estableció que:

> ”Tal decisión se reveló equivocada y desde el punto de vista comercial, contraproducente, pues la acusada perdió sin razón una cliente para su gimnasio, ya que Beatriz podía seguir una clase de gimnasia de mantenimiento, como lo demuestra el hecho de haber asistido con anterioridad a estos hechos a clases

> de ese tipo en un gimnasio del Ayuntamiento de Móstoles y también posteriormente en otro gimnasio privado, en el que asiste a clase con total normalidad. Ahora bien, en todo ello no parece existir el ánimo sectario que caracteriza el delito del art. 512 del CP, la acusada actuó por un criterio racional, aunque se demostrara erróneo."

El razonamiento de la Audiencia, lejos de sustentar su decisión, la pone en duda. La idea errónea pero extendida entre los Tribunales españoles, de que la discriminación exige de una aversión por parte del discriminador, ignora el hecho de que poner fin a la exclusión social de ciertos colectivos supone acabar con los prejuicios que existen contra éstos. El criterio supuestamente racional que motivó la conducta de la propietaria del gimnasio resultó no serlo. La minusvalía de la niña no le hubiera impedido asistir a las clases ofertadas.

cc) Discriminación en el acceso a servicios de transporte aéreo

La Audiencia Provincial de Madrid[507] (AP de Madrid de 6.5.2009 [La Ley 184040/200; MP: Lorenzo Pérez San Francisco]) sometió a examen la práctica adoptada por Iberia consistente en negar el acceso a sus vuelos a los pasajeros sordos que no fueran acompañados, como exigía el manual de operación de tráfico de la aerolínea.

> El JPI desestimó la demanda interpuesta por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad y la Confederación Estatal de Personas Sordas contra la compañía Iberia S.A. La AP de Madrid estima el recurso de apelación y condena a Iberia al cese en la conducta discriminatoria y al pago de una indemnización de 1 € a cada una de las tres víctimas.

La razón aducida por la compañía aérea como justificación de su actuación fue el intento de mantener la seguridad del pasaje en los supuestos de emergencia, garantizando las

[507] Un pronunciamiento prácticamente idéntico fue el de la sentencia de la AP de Madrid de 18.10.2007 (AC\2007\2332; MP: Rafael Saraza Jimena)

posibilidades de comunicación de la tripulación con todos los pasajeros.

La clave se convierte entonces en determinar, como trata de hacer la Audiencia, si dicha medida, que efectivamente persigue una finalidad legítima es adecuada y necesaria.

La práctica es desproporcionada porque no era necesaria para la consecución del objetivo perseguido, pues en tanto que "las personas sordas se encuentran privadas exclusivamente del sentido de la audición pero no tienen ninguna otra limitación que les impida comprender la situación de emergencia y adoptar las medidas de evacuación." Además, en el caso concreto, los afectados "tenían capacidad de entender mediante la lectura de los labios […] y mediante alocución y mediante gestos" por lo que podían comprender fácilmente lo que debían hacer en caso de emergencia.

El Tribunal resolvió en el sentido correcto al prohibir la práctica, aunque confundiera el supuesto, que era una discriminación directa porque la relación entre la desventaja y la discapacidad era inmediata, con una discriminación indirecta.

dd) Discriminación en el acceso a seguros

La Audiencia Provincial de La Coruña (AP de La Coruña de 15.5.2009 [AC\2009\1087; MP: Rafael Jesús Fernández-Porto García]) resolvió un caso en el que una compañía aseguradora ("Sanitas, Sociedad Anónima de Seguros") se negó a contratar un seguro de asistencia médica con una menor por tener ésta síndrome de Down.

> El Juzgado de Instrucción nº 1 de Ferrol estimó la demanda interpuesta por los padres de la menor y condenó a "Sanitas, Sociedad Anónima de Seguros" al pago de 6.000 € en concepto de daños morales. La AP admitió el recurso interpuesto por Sanitas S.A. y revocó la decisión de instancia.

El razonamiento en que la Audiencia basa su decisión de revocar la sentencia estimatoria de instancia es que no se ha dado un trato discriminatorio sino, sencillamente, un trato desigual motivado por las diferencias existentes entre dos supuestos distintos. No es lo mismo asegurar a una persona sana que a una persona aquejada de síndrome de Down.

Sin embargo, puede objetarse a la forma de proceder de la Audiencia Provincial, que ésta no debiera haberse contentado con las generalidades aportadas por la compañía aseguradora. La justificación de una diferencia de trato debe estar convenientemente sustentada en datos que demuestren que efectivamente dicha discapacidad conlleva un aumento del riesgo de padecer ciertas enfermedades.

En todo caso, la Audiencia debiera haber llevado a cabo un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Por mucho que el riesgo de que sufrir ciertas enfermedades sea mayor en personas con síndrome de Down, también lo es que el resultado de vedar el acceso al seguro es desproporcionado. El art. 71.1 de la Ley orgánica 3/2007 permite, en el ámbito de la discriminación por sexo, las diferencias de primas fundadas en datos actuariales. Prohíbe, sin embargo, las negativas a contratar basadas en el sexo. Así pues, la Audiencia hubiera debido distinguir entre los supuestos de contratación en condiciones distintas, que tuvieran en cuenta el mayor riesgo asociado a asegurar a una persona con síndrome de Down y de las negativas a celebrar un contrato.

c) Concreción del ámbito de aplicación objetivo de la Ley Orgánica 3/2007 y la Ley 62/2003

El estudio realizado de la jurisprudencia española nos permite concretar qué relaciones contractuales deben quedar sometidas a la prohibición de discriminación en el ordenamiento jurídico español.

A efectos de anticipar soluciones a dificultades interpretativas que podrían plantearse al aplicar la Ley Orgánica 3/2007 o la Ley 62/2003, propongo, también, tener en cuenta los

resultados del análisis que he llevado a cabo del ámbito de aplicación objetivo de la transposición alemana. Aunque, evidentemente, el derecho alemán no es aplicable a nuestro ordenamiento, la discusión de las soluciones adoptadas en él puede servir de punto de partida, en la medida en que ambas transposiciones tienen un origen común en las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE.

Así, del estudio de las disposiciones legislativas españolas, de la jurisprudencia y de las ideas inspiradas por la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) resulta la siguiente concreción del ámbito de aplicación objetivo de las prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico.

Quedará sometida a dicha prohibición toda oferta de bienes o servicios dirigida al público en la que el sexo u origen étnico del contratante no tenga, típicamente, importancia. Podrán subsumirse así en el art. 69 de la Ley orgánica 3/2007 y en el art. 29 de la Ley 62/2003, los contratos sobre bienes de consumo, los celebrados en el sector de la gastronomía, de los transportes y del ocio.

También caerán dentro del ámbito de aplicación objetivo de ambas leyes los contratos de seguros, ya sean éstos seguros médicos, de vida, de automóvil, de viajes.

Habrá aquí que distinguir entre los dos tipos siguientes de conductas discriminatorias: las negativas a contratar y la contratación en condiciones distintas. Están en todo caso prohibidas las negativas a celebrar un contrato de seguros con un potencial cliente por razón de su sexo u origen étnico. Sin embargo, respecto de las diferencias de primas basadas en el sexo, el Real Decreto 1361/2007, establece que éstas estarán permitidas siempre que “el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes, fiables y acreditables en función del análisis del riesgo realizado por la entidad”.

Tampoco cabrá diferenciar en función del sexo u origen étnico del cliente en los contratos de crédito como son la

apertura de una cuenta corriente, la concesión de créditos al consumo o de créditos hipotecarios.

En lo que se refiere al acceso a la vivienda habrá, que diferenciar entre aquellos contratos de cesión de vivienda que dan acceso a la esfera privada del oferente, de los que no lo hacen. En el primer caso el oferente sí podrá hacer prevalecer sus preferencias respecto del sexo u origen étnico del arrendatario, mientras que en los segundos, éste no podrá basar sus decisiones contractuales en el sexo u origen étnico del solicitante.

Considero, además, que toda oferta pública hecha por un particular profesional o no profesional, debería quedar sometida a la prohibición de discriminación, entendiendo por oferta pública toda declaración de voluntad, que abandone la esfera privada del oferente[508] y concurra en el mercado.

> Esta interpretación es perfectamente coherente con la prohibición de discriminación de consumidores contenida en el art. 16.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que se aplica a "a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado".

Sólo quedarían fuera del ámbito de aplicación los contratos personalísimos o aquellos en los que, a través de su celebración, se de acceso al ámbito de la vida privada y familiar del oferente de bienes y servicios[509].

d) La justificación de la diferencia de trato en la Ley Orgánica 3/2007

El legislador español, a diferencia del alemán, no ha hecho un intento de concretar las causas de justificación aplicables a las diferencias de trato que tienen lugar en el acceso a bienes y servicios. Se ha limitado a establecer, en el art. 69.3 de la Ley Orgánica 3/2007, copiando el tenor de la Directiva 2004/113/CE:

---

[508] GARCIA RUBIO (2007), *Derecho Privado y Constitución*, p 147.
[509] GARCIA RUBIO (2007), *Derecho Privado y Constitución*, p. 149.

> Artículo 69.3: "No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios."

Podrán constituir propósitos legítimos, el intento de garantizar la seguridad personal, la protección de las víctimas de la violencia de género, razones de intimidad y decencia, la promoción de la igualdad de género o de los intereses de los hombres o de las mujeres, la libertad de asociación y la organización de actividades deportivas.

IV. Las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria en el acceso a bienes y servicios en la Ley general de igualdad de trato (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) y en el ordenamiento jurídico español

1. Las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria en la Ley general de igualdad de trato (*AGG*)

a) Las disposiciones aplicables de la Ley general de igualdad de trato (*AGG*)

En el ordenamiento alemán, las consecuencias jurídicas que tendrá una conducta discriminatoria están reguladas en el § 21 de la *AGG*:

> *"§ 21 Ansprüche*
> *(1) Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.*
> *(2) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbotes ist der Benachteiligende verpflichtet den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht wenn der Benachteiligende die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.*
> *(3) Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt.*
> *(4) Auf eine Vereinbarung, die von dem Benachteiligungsverbot abweicht, kann sich der Benachteiligende nicht berufen.*
> *(5) Ein Anspruch nach den Absätzen 1 und 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Frist kann der Anspruch nur geltend gemacht werde, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war."*

> "§ 21 Pretensiones
> (1) El perjudicado puede, ante un atentado contra la prohibición de discriminación, sin menoscabo de otras pretensiones, exigir la cesación en la perturbación. Si son de temer ulteriores

perturbaciones, el perjudicado puede interponer una acción de cesación.
(2) Ante una infracción de la prohibición de discriminación, el infractor está obligado a resarcir el daño que de ella resulte. Esto no rige si el infractor no debe responder de la violación del deber. Por razón de un daño, que no sea patrimonial, el perjudicado podrá exigir una indemnización proporcionada en dinero.
(3) Las pretensiones derivadas de actos ilícitos no se modifican.
(3) El causante no podrá invocar un acuerdo, que atente contra la prohibición de discriminación.
(4) Las pretensiones previstas en los apartados 1 y 2 deben ejercitarse en el plazo de dos meses. Transcurrido dicho plazo sólo podrá ejercitarse la pretensión, si el perjudicado, sin mediar culpa, estuvo impedido para respetarlo."

b) La acción de cesación en la conducta discriminatoria

La primera acción prevista por el legislador alemán en el § 21. (1) *AGG* es la acción de cesación en la conducta discriminatoria.

Dicha acción tiene como objeto tanto la cesación en una perturbación actual, como la inhibición en la causación de futuros perjuicios. El ejercicio de la acción negatoria presupone una situación discriminatoria actual, que debe darse en el momento de ejercitarla.

Puede entenderse que se cumple este requisito tanto en aquellos casos en que se ha celebrado un contrato en condiciones más perjudiciales como aquellos en los que la conducta discriminatoria ha consistido en una negativa a contratar.

Si la conducta discriminatoria ha llevado a no contratar con la víctima, el ejercicio de la acción de cesación podría tener como objeto la imposición de una obligación de vender o prestar al discriminador[510].

[510] SCHIEK/SCHIEK (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 21, Mg 8; GAIER/WENDTLAND (2006), *AGG*, p. 104; MÜKO/THÜSING (2007), § 21 AGG, Mg. 17-35; HEINRICHS (2004), *Karlsruher Forum 2004*, p. 147.

aa) La obligación de vender o prestar: posible incompatibilidad con la libertad de contratación

Por mucho que la obligación de vender o prestar pueda parecer un remedio recomendable a efectos de garantizar la prohibición de discriminación, éste no ha encontrado demasiados partidarios[511], porque se ha sostenido que

[511] STORK (2006), *Das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union*, p. 302: *"Nach zutreffender Ansicht ist eine Pflicht zum Vertragsschluss hier jedoch überhaupt nicht erforderlich, weil der Eingriff in fremde Rechte durch einen erzwungenen Vertragsschluss jedenfalls nicht besser kompensiert wird als durch einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens"*; ARMBRÜSTER (2006), *VersR*, p. 1303: *"Das Schweigen des AGG-Gesetzgebers erweist sich als sibyllinisch: Es dürfte darauf beruhen, dass durch die Streichung der Regelung, die sich auf den Abschlusszwang bezog, der aus der Politik, aber auch aus der Wissenschaft geübten Kritik zumindest formal Rechnung getragen werden soll.";* ARMBRÜSTER (2007), *NJW*, p. 1498: *"Eine verfassungsorientierte Auslegung von § 21 I AGG ergibt, dass sich aus dieser Norm ein Kontrahierungszwang nicht herleiten lässt. [...] Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung die Lage bald klärt und hierbei den überragenden Rang der negativen Abschlussfreiheit wahrt";* BACHMANN (2006), *ZBB,* p. 265: *"Trotz dieser Erwägungen ist ein Kontrahierungszwang aus § 21 I AGG im Ergebnis abzulehnen. [...] Im Schrifttum war § 22 II ADGE dahin gehend verstanden worden, dass damit der Kontrahierungszwang angeordnet werde. Diese Anordnung wurde – bei grundsätzlicher Billigung des gesetzlichen Vorhabens – scharf Kritisiert, weil der Kontrahierungszwang als Folge einer Diskriminierung einen schwerwiegenden Eingriff in dir grundgesetzlich Verbürgte Privatautonomie darstelle, für welchen kein Bedürfnis bestehe."* ; PICKER (2004), *Karlsruher Forum 2004*, p. 157: *"Dass aber Herr Heinrichs meint, das Problem nicht die Privatautonomie betreffe und dass er sich mit dem Kontrahierungszwang anfreundet, der doch seit je als Eingriff in die Privatautonomie gilt, das, muss ich zugeben, übersteigt mein Vorstellungsvermögen."* WAGNER (2004), *Karlsruher Forum 2004*, p. 161: *"Einen Kontrahierungszwang halte ich generell für unangemessen, obwohl wir ja sonst nicht mehr dem Prinzip condemnatio pecuniaria anhängen, sondern bedenkenlos in die Naturalleistung verurteilen und Naturalleistungspflichten auch mit den Mitteln des Zwangsvollstreckungsrechts durchzusetzen suchen."* ; BASEDOW (2004), *Karlsruher Forum 2004*, p. 165: "*Im Hinblick darauf würde ich davon abraten, mit Herrn Heinrichs hier einen eigenen Kontrahierungszwang vorzusehen. […] Ein eigener Kontrahierungszwang mag darüber hinaus im Extremfall über § 826 BGB begründet sein doch sollte man ihn nicht besonders ins Gesetz schreiben. [...] Kontrahierungszwänge sind nur auf den ersten Blick einfache Lösung."*; SCHMIDT (2004), *Karlsruher Forum*

suponía una limitación desproporcionada de la libertad de contratación.

Ya he puesto de relieve mis dudas respecto del concepto de autonomía que subyace a esa libertad de contratación, sin embargo, asumiendo que los sistemas constitucionales, de lege lata, exigen el respeto a dicho principio, se impone la necesidad de comprobar la compatibilidad con él.

No cambia en nada el hecho de que la obligación de vender o prestar, de poder subsumirse en la Ley general de igualdad de trato (*AGG*) formaría parte de una norma de transposición de Directivas. Como he mostrado al principio de este trabajo, es cierto que las leyes de implementación de Directivas no están sometidas del mismo modo que las leyes de origen estrictamente nacional al control de constitucionalidad. Sin embargo, justamente en el caso de las consecuencias jurídicas de la infracción de la prohibición de discriminación, se trata de una de aquellas disposiciones de transposición, en las que por gozar el legislador nacional de un margen de apreciación, la norma puede considerarse atribuible al ordenamiento nacional y debe ser, por tanto, compatible con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución nacional.

Al tratar de determinar la forma de vinculación a la prohibición de discriminación, que imponían los textos constitucionales español y alemán, he sacado a la luz que las opiniones doctrinales se movían entre soluciones que, a fin de cuentas, no estaban tan alejadas entre sí.

Ni la teoría de la eficacia inmediata de las prohibiciones de discriminación[512], ni la consideración de dichas prohibiciones

---

2004, p. 174: *"Kontrahierungszwang funktioniert nur da wo Marktregelung stattfindet. So muss man das grosso modo sagen […]. Auf offenen Märkten, das ist ein kartellrechtliches Thema, da funktioniert er, hier funktioniert er nicht."*

[512] VENEGAS GRAU (2004), *Derechos fundamentales y derecho privado*, p. 156: „En el ámbito que nos ocupa, el principio de proporcionalidad tiene un especial alcance. Como se ha indicado, en las relaciones privadas las dos partes en conflicto son titulares de derechos

como mandatos de protección[513], ni la reducción de éstas a un principio rector del Estado[514] daban una respuesta

---

que entran en colisión, de tal forma que la protección de una implica la limitación del otro, por lo que, al realizar la ponderación, el legislador deberá conciliar de forma adecuada los intereses enfrentados."; VENEGAS GRAU (2004)*, Derechos fundamentales y derecho privado,* p. 224: "La teoría de la eficacia inmediata propone, pues, que se articulen los derechos fundamentales y la autonomía privada a través de una ponderación basada en los dos criterios de la paridad contractual y la dignidad humana".

[513] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit,* p. 81: „*Die verfassungsrechtlichen Lehren von Schutzgebotsfunktion der Grundrechte erlaubt demnach eine verfassungsdogmatisch überzeugende Begründung der Wirkungen der Grundrechte im Privatrecht, ohne abschließende Antworten auf die Fragen des privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes zu geben. Nach allen Horizontalwirkungslehren ist nämlich die Grundrechtswirkung zwischen Privaten im konkreten Anwendungsfall jeweils aus der Perspektive beider Vertragspartner zu betrachten."* SACHS (2004), *VVDStRL*, p. 420: *„Im Ergebnis kommen wir zum selben Ergebnis, weil Schutzpflichten ja praktisch nicht sehr viel hergeben. An Private gerichtete Diskriminierungsverbote sind natürlich, auch wenn sie auf Schutzpflichten beruhen, trotzdem Teil des einfachen Rechts, sie greifen in die Freiheit ein, müssen als Freiheitseingriffe gerechtfertigt werden."* ILIOPOULOS-STRANGAS (2004) *VVDStRL*, p. 421*: "Grundsätzlich besteht eine Schutzpflicht, wie diese Schutzpflicht jeweils zu erfüllen ist, ist demgegenüber eine nachrangige politische Frage. In jedem Fall wäre es meines Erachtens verfassungsrechtlich zulässig, dass der Gesetzgeber die erörterten Diskriminierungsverbote auch im Privatrecht einführt. [...] Aus meiner Sicht ist es deshalb mehr eine Geschmacksfrage, auf welchem Wege Diskriminierungen zu verhindern sind."*

[514] JESTAEDT (2004), *VVDStRL*, p. 346: „*Welche diskriminierungsschützende Eingriffe mit welchen Mitteln, Zielen und Folgen sich vor den Freiheitsrechten der davon Betroffenen rechtfertigen lassen, kann nicht pauschal und abstrakt gesagt werden, sondern muss im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anhand der konkreten Umständen und des konkret betroffenen Grundrechtsbestimmt werden."* BRITZ (2004), *VVDStRL*, p. 367: *„Selbst wenn man nun mit der Vertragsfreiheit des Grundgesetzes glich den strengsten Grundrechtsmaßstab gegen die Diskriminierungsverbote heranzieht, bestehen jedoch keine grundlegenden verfassungsrechtlichen Einwände. Wenn Diskriminierungsvorschriften, Vorgaben für den Vertragsschluss oder für die Ausgestaltung eines Rechtsgeschäfts machen, greifen sie zwar nach herrschenden Grundrechtsdogmatik in die wiewohl normativ konstituierte – Vertragsfreiheit ein oder beeinträchtigen die bereichspezifischen Grundrechte, wie etwa die Eigentumsgarantie des Vermieters der die Berufsfreiheit des Arbeitgebers. Dieser*

definitiva a la pregunta sobre la constitucionalidad de una obligación de vender o prestar.

Los textos constitucionales llevaban, en esas tres versiones interpretativas, a la aplicación del principio de proporcionalidad, a la ponderación entre la libertad de contratación y la prohibición de discriminación[515].

Sólo aquellos autores que reconducían las prohibiciones de discriminación a atentados contra otros bienes jurídicos, a un supuesto de debilidad social o a un atentado contra las buenas costumbres, parecían haber llegado a una respuesta constitucional unívoca[516].

El juicio de proporcionalidad exige que la obligación de vender o prestar sea adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto.

(1) La adecuación de la obligación de vender o prestar

La imposición de una obligación de vender o prestar al que se niega a celebrar un contrato con alguien por razón de su sexo u origen étnico es, a mi modo de ver, especialmente adecuada tanto a efectos de compensar a la víctima como de disuadir al discriminador.

Grundrechtseingriff ist rechtfertigungsfähig. Letzteres ist eine Frage des Einzelfalls."

[515] JESTAEDT (2004), *VVDStRL*, p. 346.

[516] NEUNER (2000), *JZ,* p. 62*: "Der Umfang des Diskriminierungsschutzes hängt ferner von der Angewiesenheit auf die Leistung ab. Der erforderliche Schutz kann sich dabei ausweiten bin hin zu einem allgemeinen Existenzschutz: Handelt es sich um lebenswichtige Güter und fehlen zudem Ausweichmöglichkeiten, besteht eine generelle Kontrahierungspflicht."* BEZZENBERGER (1996), *AcP*, p. 429: *"Es kommt nicht darauf an, ob das sittenwidrige Verhalten mehr in einem Tun oder eher in einem Unterlassen liegt, zumal beides oft ineinander übergeht. Ist die Vertragsverweigerung sittenwidrig und daher verboten, so ist damit der Vertragsschluss geboten."*

Si el sujeto perjudicado por la conducta discriminatoria continúa interesado en la celebración del contrato concreto, sólo dicha celebración puede situarle en una situación de igualdad respecto del resto de interesados, que no reúnen la característica objeto de discriminación.

El pago de una indemnización no puede sustituir el bien o servicio concreto, en el que la víctima estaba y sigue estando interesada.

Tampoco garantiza la inclusión o participación de las víctimas en el intercambio económico en igualdad de condiciones. A nivel simbólico no es lo mismo estar, tras haber sufrido la discriminación, en la posición de la víctima que recibe una cantidad dineraria del discriminador, que en la posición de contratante. La relación que se establece entre contratantes es de reciprocidad, de intercambio. Respecto del discriminador, la imposición de una obligación de vender o prestar en lugar del pago de una indemnización impide que éste "compre" el derecho a actuar de acuerdo con su aversión.

(2) La necesidad de la obligación de vender o prestar

SUSANA NAVAS NAVARRO, en la doctrina española, ponía en cuestión la necesidad de adoptar una obligación de vender o prestar cuando la víctima de la discriminación tiene alternativas en el mercado que le permiten obtener el bien o servicio en las mismas condiciones:

> "En nuestro caso, imponer la obligación de contratar a la parte contratante que se ha negado a contratar con un sujeto por razón de sexo, cuando éste puede disponer de otras alternativas igualmente razonables en el mercado ("negocio de sustitución"), nos parece una forma de reparación que no es necesaria, adecuada y no guarda proporción con el daño material sufrido, puesto que es posible escoger una medida que resulta también eficaz y que permite no restringir el principio del libre desarrollo

> de la personalidad en el que se inserta el principio de libertad contractual[517]."

El juicio de necesidad que la autora lleva a cabo parte de una visión muy restrictiva del bien protegido por la prohibición de discriminación, reduciéndolo a la obtención de unos bienes o servicios determinados. Si lo que el derecho de la antidiscriminación realmente pretendiera fuera, tan sólo, garantizar el acceso a unos bienes, no sería necesario obligar a contratar a un oferente, de haber otros dispuestos a hacerlo en las mismas condiciones.

Sin embargo, la prohibición de discriminación pretende que el oferente concreto dé el mismo trato a todo comprador, independientemente de su origen étnico o sexo. El mismo trato no se reduce al objeto del contrato, sino que abarca también a las partes contratantes. Se trata de la garantía de una forma de relación intersubjetiva, que no es sustituible por una alternativa idéntica tan sólo en cuanto al objeto del contrato.

Ya TILMAN BEZZENBERGER criticaba la idea de exigir la ausencia de alternativas a efectos de imponer una obligación de contratación:

> "Sin razón, en casos de discriminación étnica, se niega la existencia de una obligación de contratación con el argumento de que al discriminado por la negativa a contratar, no se le causa ningún daño, porque puede acudir a otras ofertas alternativas. […] Aunque es cierto que, en el caso de una pretensión de resarcimiento del daño que exija la culpa del infractor, del imperativo de mitigar los daños se deriva un cierto deber de adquisición alternativa. Sin embargo, en el marco de las pretensiones preventivas no es cuestión de culpa o concurrencia de culpas, sino de ilegitimidad y de deber de soportar y la discriminación étnica o racial atentatoria contra las buenas costumbres no debe ser soportada[518]."

---

[517] NAVAS NAVARRO (2007), *ADC*, p. 1632.

[518] BEZZENBERGER (1996), *AcP*, p. 429:*"Zu Unrecht wird eine Verpflichtung zum Vertragsschluss in Fällen ethnischer Diskriminierung mit der Begründung verneint, dass dem Diskriminierten aus der Vertragsverweigerung regelmäßig kein Schaden drohe, weil er auf andere zumutbare Angebotsquellen ausweichen könne. […] Zwar mag sich beim*

Tener en cuenta las prohibiciones de discriminación en toda su extensión y en su singularidad, lleva a considerar necesaria la adopción de la obligación de contratación ante una negativa discriminatoria a contratar[519].

(3) La proporcionalidad en sentido estricto de la obligación de vender o prestar

Este remedio supera también el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto consistente en determinar la importancia relativa de los bienes constitucionales en juego[520].

No se trata de comparar, en abstracto, la importancia de la libertad de contratación y la prohibición de discriminación, sino de poner en relación la medida en que la obligación de vender o prestar supone una limitación de la libertad de contratación y una garantía de la prohibición de discriminación.

En este punto, hay que tener en cuenta algo a lo que MICHAEL SACHS apuntaba en su intervención:

---

verschuldensabhängingen Schadensersatzanspruch aus dem Gebot der Schadensbegrenzung eine gewisse Obliegenheit zur anderweitigen Beschaffung ergeben. Im Rahmen des vorbeugenden Schutzanspruchs aber geht es nicht um Verschulden und Mitverschulden, sondern um Widerrechtlichkeit und Dulden-Müssen, und die sittenwidrige ethnische oder nationale Diskriminierung ist nicht zu dulden. "

[519] WAGNER/POTSCH (2006), *JZ*, p. 1098: "*Besteht die Beeinträchtigung in der Verweigerung des Vertragsschlusses, so besteht ein Anspruch auf Vertragsschluss aus 21 Abs. 1 S. 1 AGG (Kontrahierungszwang) weil nur so die Beeinträchtigung beseitigt werden kann."*

[520] THÜSING/V. HOFF (2007), *NJW*, p. 25: *„Zwar wird dem entgegengehalten, dass der Kontrahierungsanspruch unverhältnismäßig sei, da der Ersatz des immateriellen Schadens gem. § 21 II1 und II AGG das geeignetere und mildere Mittel dazu sei. Jedoch reichen die oben genannten Zweifel an der Sinnhaftigkeit eines Anspruchs auf Vertragsschluss als Folge der Verletzung von § 19 I und II nicht aus um die Rechtsfolge als ungeeignet zu bezeichnen. Vielmehr liegt dieses Mittel noch innerhalb der Einschätzungsprärrogative des Gesetzgebers."*

> "Creo tan sólo, que el grado de protección de la libertad, sí está en función del tipo de actividad y del ámbito en el que ésta se lleva[521]."

La idea de distinguir entre las limitaciones a la libertad de contratación ejercitada en el ámbito de bienes ofertados al público y las limitaciones al ejercicio de dicha libertad en el núcleo de la configuración de la vida privada[522], ya se tenía en cuenta para determinar el ámbito de aplicación de las prohibiciones de discriminación. Que la primera limitación del derecho fundamental del oferente era menos grave que la segunda era el argumento que llevó a prohibir las conductas discriminatorias en la esfera pública y a no intervenir en las acaecidas en la esfera privada. Esa distinción puede rescatarse ahora a efectos de medir la proporcionalidad de la obligación de vender o prestar.

Y de hecho, eso es lo que hacía FRANZ BYDLINSKI cuando trataba de establecer los límites a una obligación de contratación:

> "La conexión con la disposición de prestar dirigida al público, aunque haya sido expresada de forma genérica, se deja documentar tanto en base a los materiales legislativos como jurisprudenciales. Ésta marca, con ello, al mismo tiempo los límites de una obligación de contratación genérica compatible con los principios que rigen la regulación del negocio jurídico y el derecho privado[523]."

---

[521] SACHS (2004), *VVDStRL*, p. 420: *„Ich meine nur, dass der Freiheitsschutz ja dann doch davon abhängt, um welche Art von Freiheitsbetätigung, auf welchem Gebiet, es geht."*

[522] DEDERER (2004), *VVDStRL,* p. 414: *"Ich habe an dieser Stelle eine Figur vermisst, die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung beibehalten hat, nämlich den Kernbereich privater Lebensgestaltung, der ja dem Gesetzgeber entzogen ist, und zwar in der Weise entzogen ist, das auch verhältnismäßige Grenzverschiebungen nicht mehr in Betracht kommen."*

[523] BYDLINSKI (1980)*, AcP,* pp. 40–41: *"Die Anknüpfung an die öffentlich, wenn auch nur generell, geäußerte Leistungsbereitschaft lässt sich aus dem Gesetzes- und Judikaturmaterial vielfach belegen. Sie markiert hier damit zugleich die Grenzen eines mit den Leitprinzipien der Rechtsgeschäftsordnung noch zu vereinbarenden und daher privatrechtskonformen allgemeinen Kontrahierungszwanges."*

Uno puede, pues, afirmar que exigir al oferente de un bien y servicio al público, que contrate con todo destinatario de su declaración de voluntad sin excluir a personas, por características como su sexo u origen étnico, es una limitación proporcionada de la libertad de contratación del oferente. De hecho, estos casos no deberían plantear problemas porque resuelven la cuestión en términos de coherencia, de aplicación del principio de *"venire contra propium factum"*.

Que la libertad de contratación no protege el derecho a actuar en cada momento según la voluntad, a desdecirse o incumplir los compromisos asumidos, lo expresa la idea de vinculación al contrato celebrado. La protección de la confianza que el otro contratante ha depositado en la voluntad expresada por el oferente en el contrato forma parte, de hecho, del contenido de la libertad de contratación[524]. Exigir al oferente que se mantenga en la oferta formulada si otro ha manifestado su voluntad de contratar, salvaguarda la "libertad de cómo mínimo tomar decisiones generales[525]."

> No entro aquí en la distinción tradicional entre una "invitatio ad offerendum" y una oferta, a pesar de ser conciente de que las declaraciones de voluntad dirigidas a un público indeterminado serían consideradas más bien invitaciones a contratar sin efectos vinculantes, que ofertas. En todo caso esta distinción no es fructífera en este contexto. De lo que pretende proteger el ordenamiento jurídico cuando evita la vinculación del oferente no es tanto la posibilidad de negarse a contratar con un individuo

[524] HILLGRUBER (1991), *AcP,* pp. 73-74: *„Mit der Nichterfüllung einer übernommenen vertraglichen Pflicht greift der Vertragsschuldner in die dem Gläubiger vertraglich eingeräumte Rechtsposition ein, die weil seitens des Gläubigers durch Grundrechtsausübung erlangt, dem jeweils einschlägigen grundrechtlichen Schutzgut zuzuordnen ist. […] Mit der Anrufung der Zivilgerichte, mit dem Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Vertragserfüllung sucht der private Kläger um diesen staatlichen Schutz nach. Der Staat erfüllt seine grundrechtliche Schutzpflicht im Bereich der Vertragsfreiheit grundsätzlich dadurch, dass er die gerichtliche Feststellung und Durchsetzung vertraglicher begründeter Ansprüche ermöglicht."*

[525] BYDLINSKI (1980)*, AcP,* p. 40.

> concreto sino las posibilidades reales del oferente de cumplir el contrato, teniendo en cuenta, por ejemplo, las existencias.

Así, podemos considerar que la limitación de la libertad de contratación, que priva al discriminador de elegir al contratante concreto es proporcionalmente menor que los beneficios que ésta proporciona a la víctima de la discriminación.

En aquellas constelaciones de casos en que el oferente restringe el círculo de destinatarios de antemano, a pesar de dirigirse a un público indeterminado —éste es el caso del dueño de un local que cuelga un cartel en el que veda la entrada a personas de cierto origen étnico— o a posteriori, pero en el marco de proceso de selección individual —arrendamiento de vivienda, contratación bancaria, contratación de seguros— el problema no puede solucionarse con la misma facilidad.

En estos casos, se mantiene el argumento de que la protección de la que goza el oferente no es la misma de la que gozaría si se moviera en la esfera de su vida privada. Pero, en tanto que el oferente ha manifestado una voluntad clara de exclusión, no bastará con exigirle una coherencia formal o en sentido estricto. EDUARD PICKER solucionaba el problema mediante la exigencia de una coherencia no tanto respecto de la voluntad expresamente manifestada sino respecto de los actos del discriminador, respecto del propio comportamiento económico[526].

Podríamos entender que de lo que se trata es de proteger las expectativas legítimas, creadas por el oferente, no por el

---

[526] PICKER (2004), *Karlsruher Forum 2004*, p. 33: *"Um das Verdikt unerlaubter Diskriminierungen zu begründen, müssen die verweigerten Güte oder Dienste in einem Rahmen und in einem Umfeld bereitgestellt worden sein, das die grundsätzliche Kontrahierungsbereitschaft jedermann gegenüber unzweideutig bekundet. […] Der Wille des Anbieters also, wie er sich aufgrund dieses Verhaltens für den Nachfrager darstellt, entscheidet darüber, ob und wann dessen Abweisung gegen die guten Sitten verstößt und deshalb eine unzulässige Diskriminierung bedeutet*."

hecho de haber interpelado directamente al cliente, sino por el mero hecho de participar en el intercambio económico que se produce en el mercado[527]. El oferente que se adentra en un espacio en el que se mueven libremente todos, no puede pretender excluir de ese espacio a ciertas personas. Negarse a contratar con alguien por razón de su sexo u origen étnico, es decir, por lo que es, equivale a excluirle de ese ámbito. La posibilidad de excluir a alguien de un espacio común, goza de la protección de la libertad de contratación de una forma que me aventuraría a definir como accidental.

Es cierto que la libertad de contratación negativa, protege la posibilidad de no establecer un vínculo con alguien, como una forma de proteger las preferencias individuales. Sin embargo, el oferente que entra en ese ámbito abierto a todos y manifiesta su voluntad de establecer un vínculo contractual, en una multiplicidad de casos y con cualquiera, no trata de proteger su individualidad al negarse a contratar con alguien, sino que trata de cuestionar la individualidad del otro. Si lo que pretende proteger la libertad de contratación negativa es la posibilidad de no incluir a alguien en un ámbito de relaciones individuales y no el derecho a excluir de un ámbito público, el uso que el oferente intenta hacer de su libertad de contratación no es el previsto. La protección de la que debe gozar ese uso[528] no puede ser mayor que la que goza el derecho a no ser discriminado.

[527] SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 406: *"Die Geschäftseröffnung für den allgemeinen Verkehr weckt in die Allgemeinheit und auch den einzelnen potentiellen Kundinnen auch die individuelle Erwartung nach den Grundsätzen zivilisierten Verhaltens behandelt zu werden."*

[528] THÜSING/V. HOFF (2007), *NJW*, 26: *"Die Freiheit, diskriminierenden Vorurteilen freien Lauf zu lassen, ist der wohl am estén verzichten Teil der Vertragsfreiheit."*

bb) Requisitos para la imposición de una obligación de vender o prestar

La posibilidad de imponer una obligación de vender o prestar quedará, en todo caso, supeditada a la concurrencia de tres condiciones.

Para empezar, sólo cabrá exigir al discriminador que contrate con la víctima si ésta puede probar que en caso de no haber tenido lugar la discriminación, el contrato sí se hubiera celebrado. La prueba de esta relación de causalidad recae sobre la víctima, pues ésta sólo se beneficia de la inversión de la carga de la prueba en el momento de demostrar que ha tenido lugar una conducta discriminatoria. En ciertas constelaciones la causalidad quedará fácilmente probada, como en aquellos casos en los que el sujeto discriminado era la única persona interesada en el contrato, o en los supuestos de contratación en masa, como son la apertura de una cuenta corriente, la concesión de un crédito al consumo, el alquiler de habitaciones de hotel[529]. La prueba de la causalidad planteará, sin embargo, dificultades cuando la demanda exceda a la oferta, como puede fácilmente suceder en los arrendamientos de viviendas. Para dar respuesta a tales supuestos, GREGOR THÜSING propone la siguiente solución: si la víctima de la discriminación pudiera probar que desde un punto de vista objetivo ella es el "mejor candidato", esto debería bastar como prueba de la existencia de una relación de causalidad entre la conducta discriminatoria y la no contratación[530].

También será necesario, para poder imponer la obligación de contratación, que el contenido del contrato que se pretende celebrar, esté suficientemente determinado. Esta exigencia no plantea demasiados problemas, debido a la

[529] SCHIEK/SCHIEK (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 21, Mg 11; GAIER/WENDTLAND (2006), *AGG*, p. 110; MÜKO/THÜSING (2007), § 21 *AGG*, Mg. 27; PALANDT/GRÜNEBERG (2008), § 21 *AGG*, Mg. 7.

[530] MÜKO/THÜSING (2007), § 21 *AGG*, Mg. 27.

estandarización reinante en el sector de los bienes y servicios disponibles para el público.

Finalmente, la celebración del contrato debe ser todavía posible. Nos hallaremos ante un supuesto de imposibilidad cuando se hayan agotado las existencias o cuando el contrato sobre un objeto específico se haya celebrado con un tercero de buena fe.

c) La acción de indemnización de los daños y perjuicios sufridos

Otra de las consecuencias jurídicas, que la conducta discriminatoria tendrá en el ordenamiento alemán, es la obligación de resarcimiento de los daños a los que ha dado lugar la infracción de la prohibición de discriminación.

Dicha pretensión está prevista en el § 21. (2). 1 *AGG*, aplicable a los daños patrimoniales, y en el § 21. (2). 3 *AGG*, que regula la compensación de los daños morales.

aa) El régimen de responsabilidad aplicable a la compensación de los daños en la Ley general de igualdad de trato (*AGG*)

La Ley general de igualdad de trato (*AGG*) establece dos regímenes de responsabilidad distintos en función de si se trata del resarcimiento de los daños patrimoniales, contemplada en el § 21. (2). 1 *AGG* o de la compensación de daños morales regulada en el § 21. (2). 3 *AGG*.

La compensación de los primeros depende de la prueba de la falta de diligencia por parte del infractor, mientras que los segundos se rigen por un sistema de responsabilidad objetiva.

(1) El régimen de responsabilidad aplicable a los daños patrimoniales

La adopción de un régimen de responsabilidad por culpa para los daños patrimoniales plantea problemas de compatibilidad con el ordenamiento comunitario. El Tribunal de Justicia ha insistido, como ponía de manifiesto en la segunda parte de este trabajo, en que "la violación de la prohibición de discriminación debe bastar para generar, por sí sola, la entera responsabilidad de su autor, sin que quepa apreciar las causas de exención previstas por el Derecho nacional[531]."

GREGOR THÜSING[532] ha entendido que el presupuesto de hecho de la negligencia atentaba claramente contra el derecho comunitario.

GERHARD WAGNER[533] ha considerado, por el contrario, que en vistas de que el legislador alemán ha previsto además de la acción de indemnización de los daños también la acción de cesación, que puede llevar a la imposición de una obligación de contratación, el ordenamiento jurídico alemán ya cumple las exigencias del derecho comunitario respecto de la efectividad, proporcionalidad y efecto disuasorio de las sanciones.

DAGMAR SCHIEK[534] ha manifestado sus dudas respecto de la incompatibilidad de la solución alemana con el derecho europeo, en vistas de que tanto la acción de cesación como la de indemnización de los daños morales, podían suplir las deficiencias de la acción de resarcimiento de los perjuicios patrimoniales. Sin embargo, dicha autora ha considerado que lo más recomendable sería formular una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

---

[531] *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997, apartado 30).

[532] MÜKO/THÜSING (2007), § 21 *AGG*, Mg. 45-48.

[533] WAGNER (2006), *JZ*, p. 1099.

[534] SCHIEK/SCHIEK (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 21, Mg. 22-23.

Considero la propuesta de DAGMAR SCHIEK la más acertada, porque el argumento de GERHARD WAGNER de que la acción de cesación permite cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, no resulta totalmente convincente. En los casos en que la víctima de la discriminación no pueda ejercitar la acción de cesación y exigir la celebración del contrato, bien porque la oferta no estaba suficientemente determinada o porque ésta se ha convertido en imposible, a ésta sólo le quedará la acción de compensación de daños.

(2) El régimen de responsabilidad aplicable a los daños morales

Respecto del régimen aplicable a los daños morales tampoco existe acuerdo en la doctrina.

DAGMAR SCHIEK[535] y GERHARD WAGNER[536] consideran que hay que tomar el tenor del § 21. (2). 3 *AGG* al pie de la letra y entender que el infractor no podrá exculparse probando que ha sido diligente, como puede hacer en el caso de los daños patrimoniales. Esto supone interpretar el § 21 *AGG* en la línea del § 15 *AGG*, que regula las infracciones de la prohibición de discriminación acaecidas en las relaciones laborales y establece también esa diferencia de regímenes de responsabilidad aplicables a los daños patrimoniales y a los no patrimoniales.

GREGOR THÜSING[537] considera, por el contrario, que los daños morales también se rigen por un régimen de responsabilidad por culpa. Para este autor, el fundamento jurídico de la pretensión de indemnización de los daños está regulada en el § 21. (2). 1 *AGG* exclusivamente. Según GREGOR THÜSING, el § 21. (2). 3 *AGG* no sería un fundamento jurídico propio, sino que tan sólo excepcionaría la norma general aplicable del § 253. 1 *BGB*, que establece que „por razón de un daño

[535] SCHIEK/SCHIEK (2007), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, § 21, Mg 20.
[536] WAGNER (2006), *JZ*, p. 1098-1099.
[537] MÜKO/THÜSING (2007), § 21 *AGG*, Mg. 40-41.

que no es patrimonial sólo se puede solicitar indemnización en dinero en los casos previstos por la ley"[538]. Esto supondría entender que todos los presupuestos de hecho contenidos en el § 21. (2). 1 *AGG*, entre los que se cuenta la negligencia del infractor también serían aplicables a la pretensión de indemnización de los daños morales.

El necesario respeto al derecho comunitario exige la imposición de un régimen de responsabilidad objetiva. La discusión es poco fructífera pues una interpretación conforme al derecho comunitario obliga a prescindir de la prueba de la culpa por parte del infractor.

bb) La cuantificación de los daños patrimoniales

(1) Aplicación de la teoría de la diferencia a efectos de cuantificar los daños patrimoniales

Para determinar la existencia de un daño patrimonial y calcular su alcance partiremos, en el ordenamiento alemán, del § 249. (1) *BGB*[539], que establece que "quien está obligado al resarcimiento de un daño debe reponer las cosas al estado en que se encontrarían si el acontecimiento que da lugar al deber de resarcir no se hubiera producido" y del § 252 *BGB*[540] que prevé que "el daño resarcible comprende también el lucro cesante".

[538] § 253. 1 BGB: *"Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann eine Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden."*

[539] § 249. 1 BGB: *"Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre*."

[540] WAGNER (2006), *JZ*, p. 1094.

(2) Determinación de los daños patrimoniales sufridos en los casos de discriminación precontractual

Cuando la conducta discriminatoria tiene lugar en la fase precontractual, la aplicación de la teoría de la diferencia exige de la formulación de una hipótesis, en la que juega un papel central determinar si existe una relación de causalidad entre el comportamiento discriminatorio y la negativa a contratar.

(2.1) La solución tradicional: todo o nada (*All-or-nothing Approach*)

El legislador alemán distingue tradicionalmente entre dos tipos de supuestos de discriminación, en fase de celebración del contrato:

Los primeros son aquellos en los que el solicitante tampoco hubiera sido contratado de no haber tenido lugar la conducta discriminatoria. Los segundos son los supuestos en los que el comportamiento discriminatorio es condición necesaria de la negativa a contratar, en los que la víctima no ha sido contratada, únicamente, porque ha sido discriminada.

Esta distinción surge de la convicción del legislador alemán de que la víctima sólo sufre daños patrimoniales en el segundo tipo de casos[541] en los que, debido a la discriminación, pierde la oportunidad de celebrar el contrato. Los daños derivados de no ser tenido en cuenta en un proceso de selección no serían patrimoniales, sino inmateriales.

En el ámbito laboral, el legislador prevé expresamente esos dos supuestos diferentes, a los que atribuye consecuencias jurídicas distintas. Así, el parágrafo § 15 (2) *AGG* establece, de forma análoga a como lo hacía el derogado § 611 a *BGB:*

[541] WAGNER (2006), *JZ*, p. 1094.

> "§ 15 Indemnización y resarcimiento del daño
> (2) Por un daño, que no es un daño patrimonial, puede el o la empleada, solicitar una indemnización proporcionada en dinero. En el caso de no contratación, la indemnización no debe superar tres meses de salario, si el o la empleada tampoco hubieran sido contratados en caso de una selección libre de discriminación."[542]

Esta categorización permite dar una respuesta satisfactoria a aquellos casos en los que puede establecerse con facilidad la relación de causalidad existente entre la conducta discriminatoria y la negativa a contratar.

(2.2) El problema de la causalidad incierta: la pérdida de oportunidad

Como pone de relieve GERHARD WAGNER existen, sin embargo, otros muchos supuestos de "causalidad incierta" en que esta propuesta resulta un tanto reduccionista[543].

En todos aquellos casos en que la demanda es mayor que la oferta y tiene lugar un proceso de selección, es casi imposible determinar *ex ante* si se hubiera celebrado o no el contrato.

No existe garantía ninguna de que, de no haber sido discriminada, la víctima hubiera sido elegida como contratante. *Ex ante* todo interesado en celebrar el contrato tiene una expectativa más o menos fundada. Dicha expectativa depende de distintos factores como son, por ejemplo, el número de interesados y lo que cada uno de ellos tenga que ofrecer por comparación con el otro, que pueda hacerle más atractivo como contratante. Enfocar el problema como si se tratara de una situación de todo o nada nos daría una visión sesgada de la realidad.

---

[542] *"§ 15 Entschädigung und Schadensersatz*
(2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre."

[543] WAGNER (2006), *JZ*, p. 1095.

Sería más adecuado definir la situación, como propone GERHARD WAGNER, en términos de probabilidad[544]. La solución ideal sería que la indemnización estuviera en relación con la probabilidad que el discriminado tenía de celebrar el contrato. La víctima tendría derecho a recibir la parte del interés positivo del contrato que correspondiera a sus posibilidades de celebrarlo.

La implementación práctica de esta idea topa, sin embargo, con la dificultad de que el ordenamiento alemán no conoce la indemnización de las pérdidas de oportunidad[545]. Responde al problema de la incerteza causal de forma indirecta, facilitando la prueba de la causalidad en los casos en que el daño se ha producido por la negligencia grave del causante[546].

Esta solución, adoptada en casos de negligencia médica, difícilmente puede extrapolarse a los casos de discriminación objeto de estudio en este trabajo. Aunque, el legislador alemán sigue exigiendo como requisito de la compensación de los daños patrimoniales que la conducta discriminatoria haya sido negligente, el ordenamiento comunitario impone un régimen de responsabilidad objetiva. No sería comprensible, atendiendo a que el derecho europeo prescinde de la concurrencia de culpa por parte del infractor, que el cobro de la indemnización de los daños patrimoniales acabara dependiendo de que el discriminador hubiera actuado de forma gravemente negligente. Que la motivación del causante del daño pueda afectar a la forma en que tiene lugar la discriminación y tener, por tanto, de forma mediata repercusión en la cuantía de los daños causados es una cuestión distinta.

---

[544] WAGNER (2006), *AcP*, p. 397.

[545] JANSEN (1999) *Oxford Journal of Legal Studies 19*, p. 276. WAGNER (2006), *JZ*, p. 1095.

[546] JANSEN (1999) *Oxford Journal of Legal Studies 19*, p. 276.

cc) Daños morales: ausencia de límite indemnizatorio

La Ley general de igualdad de trato (*AGG*) no prevé, para los supuestos de discriminación en el acceso a bienes y servicios un límite indemnizatorio, solución que la Directiva 2004/113/CE excluye expresamente en su art. 8. 2:

> "La fijación de un límite máximo predeterminado no limitará dicha compensación o indemnización."

Aquí, la ley adopta una solución distinta a la prevista para los supuestos de discriminaciones en el acceso al empleo, a las que, como hemos visto se aplica el § 15 (2) *AGG*.

Este tratamiento distinto de los daños morales causados en las relaciones laborales y en las relaciones de derecho civil se explica por una cuestión anecdótica. Como he expuesto detalladamente en el segundo capítulo de este trabajo[547] el legislador alemán hizo tres intentos infructuosos hasta conseguir adecuar la indemnización prevista a las exigencias del derecho comunitario. Finalmente, el Tribunal de Justicia se pronunció, en el asunto *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997, As. 180/95), dando por bueno el límite indemnizatorio de tres mensualidades de salario. Dicho límite indemnizatorio era tan sólo aplicable a las infracciones de la prohibición de discriminación en el acceso al empleo, el legislador alemán sólo lo ha mantenido en ese ámbito concreto.

No se ha querido, sin embargo, definir fijando un límite indemnizatorio para los casos de discriminación en el acceso a bienes y servicios. El legislador alemán ha dejado a los Tribunales la determinación de la indemnización de los daños morales, que en su cuantificación, deberán guiarse por los principios que rigen la compensación de los daños y

[547] Ver el segundo capítulo de este trabajo, apartado VI. 1. e. aa)

perjuicios derivados de una lesión de los derechos de la personalidad[548].

Esta solución resulta insatisfactoria por dos razones. La primera es que parece reducir los daños morales indemnizables a los que son fruto del atentado contra el honor de la víctima. La segunda es que, como pone de manifiesto el propio legislador alemán, sólo las violaciones graves al honor son indemnizables[549]. Esta limitación, no es compatible con el derecho comunitario, que impone a los Estados miembros la indemnización de todos los daños derivados de la infracción de la prohibición de discriminación.

d) La prohibición de invocar un acuerdo discriminatorio

La Ley general de igualdad de trato prevé que la parte contractual que se vea beneficiada por un acuerdo que atente contra la prohibición de discriminación no pueda ampararse en él.

El legislador alemán trataba, con esta consecuencia jurídica, de dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en los que sólo determinadas cláusulas contractuales de un negocio jurídico atentan contra la prohibición de discriminación. En la medida en que la declaración de nulidad del negocio podría

[548] BT-Drucksache 16/1780, p. 46: "*Für die Geldentschädigung, die die Rechtsprechung [...] bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus dem Schutzauftrag der Artikel 1 und 2 GG gewährt, steht der Gesichtspunkt der Genugtung regelmässig im Vordergrund. Auch für den spezialgesetzlichen Geldentschädigungsanspruch nach § 21 Abs. 2 Satz 1 und 3 wegen der in der Benachteiligung liegenden Entschädigungszweck. An ihm ist daher auch vordringlich die Bemessung der Geldentschädigung nach Absatz 2 Satz 1 und 3 auszurichten.*"

[549] BT-Drucksache 16/1780, p. 46: *"Hiernach ist zu berücksichtigen, dass der Geldentschädigungsanspruch bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur schwerwiegende und anderweitig nicht auszugleichende Persönlichkeitsrechtsverletzungen kompensiert."*

resultar más perjudicial para la víctima que la conservación de éste, la solución alemana me parece adecuada.

2. Las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria en el ordenamiento jurídico español

a) Las disposiciones aplicables del ordenamiento jurídico español

aa) Las acciones previstas en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

Como ponía de manifiesto en el capítulo primero de este trabajo la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal prohíbe, en su artículo 16.1, el tratamiento discriminatorio de los consumidores en materia de precios y otras condiciones de venta por parte de los oferentes de bienes y servicios que concurran en el mercado.

En su art. 32 la misma ley prevé las acciones que pueden ejercitarse contra un acto de competencia desleal, como son: la acción declarativa de la deslealtad (art. 32.1.1ª), la acción de cesación en la conducta desleal y su prohibición de reiteración futura (art. 32.1.2ª), la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal (art. 32.1.3ª) y la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados (art. 32.1.5ª).

bb) Las sanciones penales y administrativas aplicables a las discriminaciones por razón de origen étnico y sexo

A las discriminaciones por sexo y origen étnico les será aplicable también el art. 512 del Código Penal, que prohíbe a los particulares profesionales que denieguen a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de, entre otras características, su sexo u origen étnico.

El régimen sancionador previsto no se agota, sin embargo, en dicha disposición sino que abarca, asimismo, sanciones administrativas. Respecto de éstas, cabe decir, que su entrada en vigor está resultando un tanto accidentada.

En su disposición adicional vigésimo quinta, la Ley Orgánica 3/2007, modificaba la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores, introduciendo en el art. 34 de ésta una nueva infracción, consistente en la violación de la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios:

> "Disposición adicional vigésima quinta. Modificación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
> Se da nueva redacción al apartado 10 del artículo 34 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, pasando su actual contenido a constituir un nuevo apartado 11:
>
> «10. Las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.»"

La aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, Real Decreto Legislativo 1/2007) supuso, sin embargo, la derogación de esta modificación.

En el art. 49.1, que regulaba las "infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios" y venía a sustituir al antiguo art. 34, ya no constaba ese nuevo apartado introducido por la Ley Orgánica 3/2007. En el momento de la refundición, se partió presumiblemente de una versión de la Ley 26/1984 anterior a la modificación operada por la Ley Orgánica 3/2007. Dicha omisión parece que obedece más a un olvido que a una decisión consciente.

De hecho, el legislador ha querido subsanar el error cometido al incluir en la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se

modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, el siguiente artículo:

> **"**Artículo tercero. Modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
>
> Se modifican los artículos 8, 18, 19, 20, 47.3, 49.1, 60, 63 y 123 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre:
>
> Seis. Se modifica el artículo 49.1, dando una nueva redacción a su apartado l) y adicionándole dos apartados, m) y n), quedando redactado en los siguientes términos:
>
> m) Las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres."

En la medida en que el apartado m) hace referencia a toda conducta discriminatoria que tenga lugar en el acceso a bienes y a la prestación de servicios, debe entenderse que pueden dar lugar a la infracción no sólo las conductas excluyentes por razón de sexo, a las que la ley se refiere expresamente, sino también las motivadas por el origen étnico de la víctima.

También la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, prevé la posibilidad de que la Administración sancione a los empresarios que o bien se "nieguen a satisfacer las demandas del consumidor o usuario" o bien actúen de forma discriminatoria respecto de dichas demandas.

> "Artículo 4. Modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

> Dos. Se añade al artículo 49.1 una nueva letra k, pasando el actual contenido de ésta a la letra l):
>
> k. La negativa a satisfacer las demandas del consumidor o usuario, cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia, cuando su satisfacción esté dentro de las disponibilidades del empresario, así como cualquier forma de discriminación con respecto a las referidas demandas, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos."

Esta disposición no sólo abarca las conductas discriminatorias por razón de sexo u origen étnico, sino que se aplica a todo trato desigual que no responda a una razón objetiva. La aprobación de esta disposición va más lejos que las propias Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, pues lo que está haciendo aquí el legislador español es garantizar la vinculación de los particulares no sólo a la prohibición de discriminación por unos motivos expresamente previstos, sino al principio de igualdad de trato.

cc) Ausencia de consecuencias jurídicas en la Ley 62/2003

Aunque, en su art. 29, la Ley 62/2003 afirma tener por objeto establecer las medidas para que el principio de no discriminación por razón de origen racial o étnico sea real y efectivo también en la vivienda y, en general, en el acceso a cualesquiera bienes y servicios, la ley no prevé las consecuencias jurídicas que deberá tener la infracción de la prohibición de discriminación en dicho ámbito.

Serán, en todo caso, aplicables a los comportamientos discriminatorios debidos al origen étnico de las personas las sanciones penales y administrativas a las que hacía alusión en el epígrafe anterior.

Sin embargo, la falta de previsión de acciones de derecho privado plantea problemas si atendemos a la exigencia impuesta por el derecho europeo de que las conductas discriminatorias deben dar lugar a la compensación de los

daños que haya sufrido la víctima. En todo caso, esa falta podría suplirse mediante la aplicación de las acciones de derecho privado, previstas en la Ley 3/1991, que el consumidor está legitimado para ejercitar (art. 33.1).

dd) Las disposiciones de la Ley Orgánica 3/2007 aplicables a las discriminaciones por razón de sexo

(1) El artículo 10 de la Ley Orgánica 3/2007

El art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007 prevé, bajo la rúbrica "Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias", la nulidad de los actos o cláusulas de los negocios jurídicos discriminatorios por razón de sexo.

> "Artículo 10.
> Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias."

Dicho artículo establece también, de forma un tanto abierta, que los actos discriminatorios darán lugar a indemnizaciones reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido y, en su caso, a la imposición de sanciones eficaces y disuasorias.

(2) El artículo 72 de la Ley Orgánica 3/2007

La acción de compensación de los daños, está regulada en el art. 72 de la Ley Orgánica 3/2007, en el título dedicado al acceso a bienes y servicios y su suministro.

> "Artículo 72. Consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones.
> 1. Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 69, sufra una conducta discriminatoria,

> tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos.
> 2. En el ámbito de los contratos de seguros o de servicios financieros afines, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 10 de esta Ley, el incumplimiento de la prohibición contenida en el artículo 71 otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y eficacia del contrato."

El art. 72 de la Ley Orgánica 3/2007 aclara, además, que la ley no pretende privar a la víctima de la discriminación de aquellas acciones que ya tuviera reconocidas en la legislación civil y mercantil.

Establece, también, un remedio específico para los casos de discriminación en el acceso a los contratos de seguros: El tomador de seguros perjudicado por una diferencia de primas basada en el sexo, que no pueda considerarse justificada, tendrá una acción para reclamar la asimilación de las prestaciones que paga, a las del sexo más beneficiado.

b) La nulidad de los actos o cláusulas de los negocios jurídicos discriminatorios

Ya antes de la aprobación de la Ley orgánica 3/2007, el ordenamiento español contenía disposiciones, como los artículos 6.2 y 1.255 del Código Civil, que negaban eficacia a aquellos negocios jurídicos que atentaran contra el orden público constitucional. En la medida en que ciertos actos discriminatorios eran considerados contrarios al orden público, éstos merecían la calificación de nulos, aunque hubieran tenido lugar en las relaciones entre particulares.

En su sentencia de 20.9.2001 (RTC\2001\254), el Tribunal Constitucional refrendó la declaración de nulidad de la decisión de la "Comunidad de Pescadores de El Palmar" que negó el ingreso en la asociación a cinco mujeres. El Tribunal consideró que la decisión judicial, confirmada por el Tribunal Supremo, de imponer la obligación a la asociación de modificar sus normas de admisión no atentaba contra la

libertad de asociación de la "Comunidad de Pescadores de El Palmar".

> Los hechos que dieron lugar a la STC de 20.9.2001 (RTC\2001\254) fue el rechazo de la solicitud presentada por tres mujeres de ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar, asociación privada dedicada a la explotación económica de la riqueza piscícola de la Albufera valenciana. Ante la negativa de la asociación a admitirlas como miembros, las solicitantes interpusieron una demanda de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ante el JPI, que condenó a la Comunidad de Pescadores de El Palmar a la modificación de las normas de admisión de la asociación y declaró el derecho de las demandantes a ser admitidas como miembros en la asociación (5.10.1998). La Comunidad de Pescadores interpuso un recurso de apelación ante la AP, que no dio lugar al recurso y confirmó la sentencia de instancia (24.6.1999). La Comunidad de Pescadores interpuso un recurso de casación ante el TS, que éste desestimó (8.2.2001) y finalmente un recurso de amparo ante el TC por lesión de su derecho fundamental a la libertad de asociación en su vertiente negativa. El TC no dio lugar al recurso de amparo por considerar que la obligación impuesta por el Tribunal de instancia de admitir a las demandantes en la asociación no vulneraba la libertad de asociación de la Comunidad. El principio de la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas no permite obstaculizar a alguien, por razón de su sexo, el ingreso en la asociación, en especial atendiendo a que la asociación tenía reconocido en exclusiva el derecho a explotar las aguas de la Albufera.

En la doctrina española, aquellos autores que defendían, incluso antes de la aprobación de la Ley 3/2007, la vinculación de los particulares a la prohibición de discriminación, aludían, aunque fuera implícitamente a la sanción de los actos discriminatorios, mediante la declaración de nulidad[550].

[550] Siempre que los autores se muestran partidarios de la subsunción de ciertas conductas discriminatorias en los art. 6.2 y 1.255 del Código civil, no hacen otra cosa que defender que dichos actos sean declarados nulos: RODRÍGUEZ PIÑERO Y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986), *Igualdad y discriminación*, p. 267; ALFARO ÁGUILA REAL (1993), *ADC,* p. 75; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1990), *ADC*, p. 424; DÍEZ PICAZO (1991), Art. 1.255, *Comentario del código civil*, p. 432

ALFREDO MUÑOZ GARCÍA[551] refiriéndose ya a la Ley 3/2007 ha entendido que nada obstaba a que también los negocios jurídicos discriminatorios que tuvieran lugar en el acceso a bienes y servicios fueran declarados nulos.

En el Dictamen 803/2006, de 22 de junio de 2006, que emitió el Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley 3/2007, este órgano consultivo informó negativamente sobre la posibilidad de declarar nulos también aquellos actos jurídicos discriminatorios que tuvieran lugar en las relaciones inter privadas, fuera del ámbito laboral[552]. El Consejo de Estado criticó los efectos imprevisibles que podía tener dicha consecuencia jurídica, aplicada de forma universal y a cualquier rama del derecho. Además, dicho órgano se

[551] MUÑOZ GARCÍA (2007), *Igualdad de hombres y mujeres*, p. 471.

[552] Dictamen 803/2006, de 22.6.2006, del Consejo de Estado: "Esta declaración de nulidad, ¿valdría para todas las ramas del ordenamiento jurídico, Derecho penal, civil, mercantil, administrativo, internacional, sin que se incorpore a sus legislaciones específicas, sin articular un procedimiento ad hoc, sin definir qué órgano y en qué circunstancias y bajo qué condiciones y con qué efectos -ex nunc, ex tunc-? Pues las directivas limitan sus medidas al ámbito que previamente definen -acceso al empleo, acceso a bienes y servicios- y en ningún momento prevén un sistema de nulidad de efectos tan universales, sino solo "procedimientos judiciales y administrativos e incluso, cuando lo consideren oportuno (los Estados), procedimiento de conciliación para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas mediante la presente directiva" y una posibilidad de declaración de nulidad o modificación de determinadas disposiciones o actos adoptados en el ámbito específico contemplado por ellas. El Anteproyecto eleva la sanción por incumplimiento, en todos los casos, en todos los órdenes del Derecho, a nulidad, pero luego sólo establece reglas especiales en la legislación laboral, que es el ámbito más propio de la discriminación por razón de sexo y también el ámbito central de las directivas que se incorporan. Pero no es evidente, por ejemplo, cómo y cuándo podría aplicarse la proclamada nulidad en las relaciones inter privatos, fuera del Derecho laboral. Considera el Consejo de Estado que la regla de la nulidad, no prevista en las directivas, y su generalización a todos los órdenes del Derecho genera inseguridad jurídica porque cada acto o negocio adolecería de imprevisible potencial, a expensas de una alegación de discriminación que debería declararse por causas y procedimientos no regulados específicamente en el Derecho vigente. Por todo lo cual, se recomienda la supresión de esa cláusula de nulidad en el artículo 9."

posicionó críticamente respecto de la regulación de la nulidad porque ni se prevé un procedimiento para hacerla valer, ni se designa a un órgano competente para declararla, ni se concretan las circunstancias, condiciones y efectos de ésta.

Mª PAZ GARCÍA RUBIO se ha sumado, en parte, a la crítica del Consejo de Estado, por considerar que la literalidad del art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007 no servía para resolver los problemas que planteaba la conducta discriminatoria[553]. Ha considerado, en la misma línea que la doctrina anterior a la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, que si la conducta discriminatoria tiene lugar a través de un acto contrario a las normas imperativas básicas que constituyen el orden público constitucional, el acto sí debe ser considerado nulo de pleno derecho.

Sin embargo Mª PAZ GARCÍA RUBIO cuestiona, con razón, que esa declaración de nulidad sea en todos los casos la solución que mejor garantiza los derechos de la víctima. La autora entiende que el sistema de derecho privado ya pone a disposición de la víctima un conjunto de remedios, que implican básicamente el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación de no discriminar, así como de indemnizar los daños causados por la conducta discriminatoria. Por eso, Mª PAZ GARCÍA RUBIO considera más acertada la fórmula elegida por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados, la cual, en su art. 18.1 establece:

> "La tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio de sus derecho."

Mª PAZ GARCÍA RUBIO ha entendido, con todo, que atendiendo a que el legislador finalmente incluyó la sanción de nulidad, ésta se suma a las consecuencias del incumplimiento de la prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso

[553] GARCÍA RUBIO (2008), *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, p. 181.

a bienes y servicios previstas en el art. 72 de la Ley Orgánica 3/2007.

aa) La nulidad de las cláusulas contractuales discriminatorias

En aquellos supuestos en que la declaración de nulidad afecta a una negativa a contratar, ésta plantea la cuestión controvertida de si la ineficacia del acto conlleva la imposición de la obligación de contratación[554]. Sin embargo, la sanción de nulidad puede recaer también sobre negocios jurídicos ya celebrados que, o bien atentan en su conjunto contra la prohibición de discriminación, o bien contienen cláusulas discriminatorias.

La aplicación directa del art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007 a los negocios discriminatorios implicaría la nulidad del contrato, que al ser una nulidad de pleno derecho podría ser instada por cualquier interesado, incluido el discriminador, y daría lugar a la restitución de las prestaciones[555].

Sin embargo, este efecto no será siempre la solución más ventajosa para el sujeto discriminado[556]. Por eso, habría que darle a la figura de la nulidad una interpretación conforme con la finalidad de protección de la víctima de la discriminación que la Ley Orgánica 3/2007 persigue.

En tanto que el objetivo de la Ley Orgánica 3/2007 y la Directiva 2004/113/CE, en la que la ley se sustenta, es garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad a

---

[554] GARCÍA RUBIO (2006), *La Ley*, p. 10: "con los mecanismos que rigen las relaciones jurídico-privadas resulta muy difícil considerar que la víctima de la discriminación puede, una vez decretada la nulidad del negocio discriminatorio, obtener una regulación jurídico-negocial respetuosa con el principio de igualdad, lo que en nuestro ejemplo significaría la imposición al vendedor o arrendador de la vivienda como parte contractual de la persona en principio discriminada."

[555] GARCÍA RUBIO (2008), *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, p. 185.

[556] GARCÍA RUBIO(2008), *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, p. 185.

los bienes o servicios, la nulidad no debería suponer un obstáculo a dicho acceso. Esto supone abogar, como ha hecho el legislador alemán, por la conservación del negocio jurídico, declarando la nulidad parcial de las cláusulas ilegales y sustituyendo éstas por unas respetuosas con el principio de igualdad.

Esta interpretación encuentra cabida en nuestro ordenamiento jurídico y su apoyo, fundamentalmente, en el principio de conservación del contrato[557]. Sin embargo, como aclara LUÍS DÍEZ-PICAZO, para tomar la decisión entre la nulidad total o parcial debe atenderse a la voluntad real o presumible de las partes contratantes. Parece razonable presumir que la víctima de la discriminación será partidaria de la conservación del negocio jurídico celebrado. No resulta tan fácil determinar la voluntad del sujeto favorecido por la cláusula discriminatoria. En todo caso, cabría argumentar de la forma siguiente: Si dicho contratante estaba dispuesto a celebrar el negocio sin la cláusula discriminatoria en el caso que sirve de término de comparación, también debería estarlo en el caso objeto de análisis, que sólo se diferencia del primero en el sexo o etnia de la víctima. Seguramente, de forma análoga a ésta, ha reflexionado el legislador alemán, que para los supuestos de discriminación ha previsto una excepción a la regla general del § 139 Código Civil alemán (*BGB*), que establece que "si una parte del contrato es nula, lo es también la totalidad si no puede suponerse que el mismo se habría celebrado igualmente sin la parte declarada nula[558]."

Así, cuando la conducta discriminatoria consista en la exigencia de una contraprestación adicional a las mujeres, como podría ser la exigencia de un aval para la obtención de un crédito cuando a un hombre en situación crediticia similar

[557] DÍEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del derecho civil,* p. 587.

[558] *„§ 139 BGB Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde."* Traducción del precepto de ARROYO AMAYUELAS (2008), *Código Civil alemán,* p. 59.

no se le exigiría, dicha cláusula debería ser sancionada con la nulidad y la correspondiente inaplicación.

Si el comportamiento discriminatorio radica en un sobreprecio que se aplica tan sólo a los contratos celebrados con mujeres, cabría plantearse la posibilidad de reducir el precio pactado, equiparándolo al fijado en los contratos celebrados con hombres. Esta solución es, de hecho, la expresamente prevista en el art. 72.2 de la Ley 3/2007 para los supuestos de diferencias de primas por razón de sexo en la contratación de seguros, que configura el derecho de la mujer contratante a reclamar la asimilación de las primas a las del sexo más beneficiado.

bb) La nulidad de la negativa a contratar: posibilidades de imponer una obligación de vender o prestar

La discusión en torno a las posibilidades de imponer una obligación de contratación al oferente que se niega a contratar con alguien por razón de su sexo, no es tampoco pacífica en la doctrina española. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español esta cuestión adopta un cariz más favorable a establecer el vínculo contractual, que en el ordenamiento jurídico alemán.

Para empezar, en el sistema jurídico español no existe, como en el alemán, una exclusión expresa del derecho a exigir la contratación en los supuestos en que, en las relaciones laborales, se den negativas discriminatorias a contratar[559]. Es más, los Tribunales españoles han impuesto incluso en determinadas circunstancias, expresamente dicha obligación de contratación.

[559] § 15 *(6) AGG: "Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund."*

(1) La imposición de una obligación de contratación en la jurisprudencia laboral

Esto sucedía por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional de 7.6.1994 (RTC\1994\173; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), en la que el Tribunal analizó las consecuencias que debía tener la negativa del Ministerio de Cultura a renovar el contrato de una trabajadora porque ésta estaba embarazada.

> El Juzgado de lo Social (7.1.1991) estimó la demanda interpuesta por la trabajadora y declaró la nulidad del despido de la demandante por considerarlo discriminatorio. El TSJ de Madrid (7.5.1991) estimó el recurso de suplicación por entender que no había existido despido, sino tan sólo una negativa a renovar el contrato de la trabajadora. El TC estimó el recurso de amparo interpuesto por la trabajadora y entendió que "no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y, mucho menos, cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer".

El Tribunal Constitucional aclaró que "la mera negativa a renovar un contrato o contratar, por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que a la luz de los hechos declarados prohibidos, ha sido un motivo discriminatorio el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral." Y concluyó declarando la ineficacia absoluta de la denegación de la prórroga y por ello "eliminada esa denegación, habría que entender prorrogada temporalmente o contratada por un nuevo período" a la trabajadora.

Más recientemente, aunque referida esta vez a la prohibición de discriminación por el ejercicio de la libertad sindical, el Tribunal Constitucional (STC de 11.2.2002 [RTC\2002\29; MP: Javier Delgado Barrio]) estimó que cuando la negativa discriminatoria a contratar había tenido como consecuencia "el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada […] sus efectos pueden ser equiparados a aquellas medidas que […] impiden la

continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los de despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental, o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio."

> Los hechos que dieron lugar a la STC de 11.2.2002 (RTC\2002\29; MP: Javier Delgado Barrio) fue la decisión de la Agencia EFE, S.A. de no contratar de forma indefinida a la demandante tras el vencimiento de su contrato temporal en prácticas, debido a la actividad sindical de la demandante. El Juzgado de lo Social estimó la demanda interpuesta por la trabajadora y consideró que la decisión de no contratación de la Agencia EFE, S.A. debía calificarse como despido nulo (27.5.1996). La Agencia EFE, S.A. interpuso un recurso de suplicación ante el TSJ de Madrid, al que el Tribunal dio lugar por entender que la decisión de no contratación no era discriminatoria. La demandante interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina que el TS inadmitió (1.12.1997). La demandante interpuso un recurso de amparo que el TC estimó.

De esta jurisprudencia hay que destacar la exigencia que impone el Tribunal Constitucional de que exista una relación de causalidad directa —es a lo que alude la idea de obstáculo definitivo— entre el acto discriminatorio y la denegación del vínculo contractual.

El cumplimiento de esta condición permite superar la objeción a la que hacía referencia CRISTINA AYALA DEL PINO cuando afirmaba que:

> "La nulidad de la decisión empresarial discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales supone, al haberse manifestado en un momento anterior a la contratación, su obligatoriedad. La cuestión que se suscita es si, existiendo discriminación en el acceso al empleo, el trabajador perjudicado puede pedir la contratación. En nuestro caso, dar una respuesta se complica al no existir un precontrato, si bien la contratación se llevaría a cabo si se acredita que, en caso de no concurrir el acto discriminatorio, se habría efectuado la contratación del trabajador y, en caso contrario, sólo procedería el derecho a una indemnización por los daños derivados del acto discriminatorio."[560]

[560] AYALA DEL PINO (2005), *Saberes*, p.18.

Estas dos sentencias a las que acabo de aludir, aunque ya suponen un apoyo para la defensa de la imposición de una obligación de contratación, se diferencian en un aspecto importante de los supuestos de negativas a contratar que podrían plantearse en el acceso a bienes y servicios. En ambos pronunciamientos del Tribunal Constitucional existía una relación laboral previa que el empleador decide no prorrogar por causas discriminatorias. La existencia de dicha relación permite equiparar la no contratación a un despido y facilita la prueba de la causalidad entre la discriminación y la no contratación.

Es un tanto diferente el supuesto en el que la discriminación proviene de una negativa a contratar en la fase de selección en sentido estricto y, más aún, cuando se trata de una oferta discriminatoria. En estas constelaciones, la sustitución de la negativa a contratar declarada nula por discriminatoria, por una decisión de contratar es más forzada.

Ante un supuesto de estas características se encontró el Tribunal Superior de Justicia de Canarias que tuvo que pronunciarse sobre la negativa a contratar a una trabajadora por no disponer la obra de un baño para mujeres.

> Los hechos que dieron lugar a la STSJ de Canarias de 22.12.2008 (AS\2009\310; MP: Mª Jesús García Hernández) fueron el rechazo de una trabajadora tras superar las pruebas de selección para un puesto de peón de construcción, por no disponer la obra de un baño para mujeres. El Juzgado de lo Social (1.2.2008) estimó la demanda formulada por la candidata al puesto de trabajo, declaró que la conducta empresarial era discriminatoria y condenó a la empresa a cesar en la práctica discriminatoria. La demandante interpuso un recurso de suplicación ante la sentencia declarativa y solicitó que se condenara también a la empresa a contratarla y a indemnizarla por los daños y perjuicios sufridos. El STSJ de Canarias dio lugar al recurso de suplicación y condenó a la empresa al pago de una indemnización por lucro cesante de 36,26 € por cada día transcurrido desde el día en que fue rechazada su solicitud hasta el día de su contratación, además de una indemnización por daños morales de 6.000 €.

El Tribunal dio lugar al recurso de suplicación y condenó a la empresa discriminadora a la inmediata contratación de la víctima, en vistas de que la demandante reunía los requisitos exigidos en la oferta de empleo y fue rechazada por el mero hecho de no disponer la obra de baños para mujeres. En tanto que la trabajadora ya había superado la fase de selección, la imposición a la empresa de contratar a la solicitante de empleo resulta bastante respetuosa de la libertad de contratación del empleador.

(2) La imposición de una obligación de prestar o vender en el acceso a bienes y servicios

Los tres casos aquí expuestos se diferencian de las negativas a contratar en el acceso a bienes y servicios en que las sentencias estudiadas daban respuesta a discriminaciones acaecidas en el ámbito de las relaciones laborales. La pregunta que se plantea entonces es si esa diferencia supone un obstáculo a la imposición del vínculo contractual en casos en que la conducta discriminatoria veda el acceso a bienes ofertados al público.

A mi modo de ver, es más gravoso imponer a un empresario una relación laboral con un trabajador que imponer a un suministrador de bienes o a un prestador de servicios disponibles al público una obligación de contratar con un determinado cliente.

De forma muy similar razona el legislador alemán, que prevé expresamente, en el § 15 (6) del *AGG* que una negativa discriminatoria a contratar por parte de un empresario no dará derecho a exigir la contratación, mientras que en el caso de las relaciones entre prestador de servicios y cliente no establece una exclusión similar.

El que se excluya sólo expresamente el derecho a exigir la contratación en el marco de una relación laboral, tiene que ver con la asunción de que cuanta mayor confianza o cercanía exija y conlleve una relación contractual, menores son las posibilidades de intervención del legislador,

respetuosas con el principio de libertad de contratación. Esta idea inspira toda la regulación antidiscriminatoria de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, que se manifiesta en la distinta valoración de las conductas discriminatorias de los particulares en función de las esferas, pública o privada, en que actúan.

También sustenta la interpretación favorable a la imposición de la obligación de contratación, la sentencia del Tribunal Constitucional de 20.9.2001 (RTC\2001\254) a la que ya he hecho alusión, en la que la declaración de nulidad de la decisión de la "Comunidad de Pescadores de El Palmar" de negar el ingreso en la asociación a cinco mujeres, llevaba a la imposición de la obligación de admitirlas.

El juicio de proporcionalidad de la obligación de contratación que he llevado a cabo refiriéndome al ordenamiento jurídico alemán, es perfectamente extrapolable al sistema jurídico español, por lo que para evitar repeticiones remito sencillamente a él[561].

Vale la pena recordar aquí, tan sólo, el resultado del mismo. La declaración de nulidad de la negativa a contratar podrá llevar a la imposición de una obligación de vender o prestar si la víctima de la discriminación puede probar que en caso de no haber tenido lugar la conducta discriminatoria, el contrato sí se hubiera celebrado, si el demandante sigue teniendo interés en dicha celebración, el contrato está suficientemente determinado y no se ha celebrado éste con un tercero de buena fe. No será necesario que la víctima de la discriminación pruebe que no existían otras alternativas en el mercado de obtener los bienes o contratar los servicios en cuestión.

[561] Ver este capítulo, apartado V. 1. b. aa.

c) Las sanciones penales y administrativas previstas

aa) El artículo 512 del Código Penal

A las conductas discriminatorias, les será también aplicable el art. 512 del Código Penal español, que prevé la posibilidad de imponer una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, industria o comercio a los que deniegan a una persona una prestación a la que tenga derecho por su ideología, religión, origen étnico o nacionalidad, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

La cuestión que plantea esta disposición es la de si era realmente necesario sancionar penalmente determinadas conductas discriminatorias.

En la segunda parte de este trabajo, he hecho una propuesta de remedios que podían adoptarse en función de los distintos comportamientos discriminatorios. Sólo en los supuestos en que el infractor actuaba motivado por la aversión me decantaba por la imposición de una sanción penal, pero por una consistente en obligar a la víctima a participar en programas formativos. El legislador español ha optado por imponer, en el caso de ciertas infracciones de la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, industria o comercio.

(1) Aspectos positivos del artículo 512 del Código Penal

Considero que la norma es adecuada en los siguientes extremos:

Para empezar, la disposición no se aplica a los supuestos de contratación en condiciones discriminatorias, sino tan sólo a las negativas a contratar. En tanto que la denegación de una

prestación priva a la víctima del acceso a ese bien o servicio, ésta es más grave que la inclusión en un contrato de cláusulas discriminatorias. Así, la decisión de penalizar el primer supuesto y el segundo no, parece adecuada.

De la pena prevista, se deduce que la disposición se aplica tan sólo a los profesionales que actúen de forma discriminatoria en el ejercicio de su oficio. Este tratamiento diferenciado en función de si el discriminador es profesional o particular parece razonable en vistas de que el peligro de repetición es mayor en el primer caso.

El que el artículo configure el supuesto de hecho como la denegación de una prestación a una persona "por su […] origen étnico o nacionalidad, su sexo […]" apunta a que la sanción no se aplica a las discriminaciones indirectas. De nuevo, se trata de una decisión acertada pues resultaría excesivo imponer una sanción penal en casos en que la adopción de una medida aparentemente neutra tiene un efecto discriminatorio, que el infractor podía no haber ni siquiera previsto.

(2) Aspectos problemáticos del artículo 512 del Código Penal

El problema del art. 512 CP es que éste no distingue entre aquellos supuestos en los que la motivación del discriminador ha sido la aversión hacia determinados colectivos y aquellos en los que éste ha actuado estratégicamente. La prevención de estos dos tipos de conductas discriminatorias requiere, en mi opinión, de intervenciones distintas.

Es bastante probable que, en el primer caso, la pena de inhabilitación sea necesaria para evitar que el causante vuelva a incidir en la conducta discriminatoria. Aunque creo que hubiera sido más eficaz prever la posibilidad de suspender dicha pena con la condición de que el discriminador participara en programas formativos. O incluso

prever la participación en dichos programas como pena única.

En supuestos de discriminación estratégica, hubiera bastado seguramente con imponer al discriminador la obligación de cesar en el comportamiento dañoso. Es cierto que la pena adoptada equivale, en parte a una acción de cesación y tiene, por tanto y como mínimo, los mismos efectos preventivos que ésta.

Sin embargo, la inhabilitación para el ejercicio de una profesión o del comercio tiene el efecto negativo de que, aunque evita que se repita la conducta dañosa, prohíbe indiferenciadamente la realización una actividad, que en aquellos aspectos en que no se ejerce de forma discriminatoria, resulta socialmente provechosa.

bb) Las sanciones administrativas del Real Decreto Legislativo 1/2007

Por lo que se refiere a las sanciones administrativas, previstas en el art. 49 apartados k y m del Real Decreto Legislativo 1/2007, el art. 51 del mismo, establece lo siguiente:

> **"**Artículo 51. Sanciones.
> 1. Las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios previstas en esta norma serán sancionadas por las Administraciones públicas competentes con multas de acuerdo con la siguiente graduación:
>
> a. Infracciones leves, hasta 3.005,06 euros.
> b. Infracciones graves, entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción.
> c. Infracciones muy graves, entre 15.025,31 y 601.012,10 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción."

La imposición de una multa al discriminador tiene la ventaja de que no condiciona la finalidad de la prevención de

conductas discriminatorias a que la víctima de la discriminación demande al discriminador.

Además y, por contraposición a las indemnizaciones disuasorias, si la multa se calcula adecuadamente —teniendo en cuenta los beneficios que el discriminador obtiene de su conducta— ésta permite prevenir evitando el enriquecimiento injusto de la víctima, cuando las ganancias percibidas mediante la realización de la conducta discriminatoria superan el daño padecido por la víctima. El causante del daño pagará una cantidad que le disuada de seguir discriminando pero la víctima no obtendrá una compensación mayor al perjuicio efectivamente sufrido.

d) La acción de indemnización de los daños y perjuicios sufridos

aa) El régimen de responsabilidad aplicable a la compensación de los daños

La discusión en torno al régimen de responsabilidad en la doctrina alemana sirve para reforzar algo que ya parece derivarse del artículo 72 de la propia Ley Orgánica 3/2007, que al consagrar la acción de compensación de daños, nada dice respecto de una posible exigencia de negligencia por parte del infractor.

La responsabilidad por los daños derivados de la prohibición de discriminación por sexo será entonces "de corte objetivo, existente tanto en el caso de que la discriminación haya sido intencionada o negligente, pero también cuando no puedan concretarse fundamentos subjetivos de esta índole[562]."

Más complicada se plantea la determinación del régimen de responsabilidad en los casos de discriminación por origen étnico. La Ley que transpone la Directiva 2000/43/CE no prevé una acción de compensación de daños y esto forzaría

[562] GARCÍA RUBIO (2006), *La Ley*, p. 11; NAVAS NAVARRO (2009), *Revista crítica de derecho inmobiliario*, p. 1491.

a la víctima de la conducta excluyente a acudir a mecanismos no expresamente previstos para poner freno a comportamientos racistas. El art. 32.1.5ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal podría servir de fundamento de derecho para el ejercicio de una acción de resarcimiento de los daños y perjuicios. Sin embargo, esta disposición presupone el dolo o negligencia del infractor. Una interpretación conforme a la Directiva 2000/43/CE podría obligar a prescindir de dicha exigencia. Un problema análogo a éste se plateaba en el ordenamiento alemán respecto de la acción de resarcimiento de los daños patrimoniales. En el seno de dicho ordenamiento la doctrina discutía sobre la incompatibilidad del precepto, que imponía un régimen de responsabilidad por culpa, con el derecho europeo. La propuesta de DAGMAR SCHIEK, que ha considerado recomendable formular una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, me parece la más adecuada.

bb) La compensación de los daños patrimoniales: daño emergente y lucro cesante

La Ley Orgánica 3/2007 no establece, en supuestos de discriminación en el acceso a bienes y servicios, baremos para la cuantificación legal de los daños patrimoniales, solución que la Directiva 2004/113/CE excluye expresamente.

En el ordenamiento jurídico español habrá que estar a los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil para determinar los daños compensables. La indemnización deberá comprender el daño emergente y el lucro cesante y será exigible la reparación integral del daño en los casos de dolo por parte del discriminador y la reparación de los daños previsibles si el infractor era de buena fe, entendiendo por tal también al infractor negligente.

> Ver al respecto la sentencia del TSJ de Madrid de 21.7.2008 (AS 2008\2475; MP: Moreno González Aller) que en un caso de acoso laboral por razón de sexo afirmaba expresamente que la indemnización incluía "todos los aspectos del daño corporal, daño emergente, lucro cesante y daños morales."

cc) Determinación de los daños patrimoniales en función del bien o servicio en juego

(1) Discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público

En algunos supuestos de discriminación en el acceso a bienes y servicios, la víctima no sufre daños patrimoniales relevantes, porque la conducta dañosa lo que le causa son, básicamente, daños morales.

Esto es lo que sucede en los casos de acceso a locales, bares, discotecas o restaurantes. La negativa a contratar por parte del oferente lesionará el honor de la víctima de la discriminación y supondrá una pérdida de oportunidad de disfrute, pero no conllevará, generalmente, una pérdida patrimonial.

(2) Discriminación en el acceso al transporte

En el caso de conductas discriminatorias en el acceso al transporte, la cuestión es distinta y es más probable que éstas puedan producir un daño material. Tomemos como ejemplo el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6.5.2009 (La Ley 184040/200; MP: Lorenzo Pérez San Francisco) en que se denegaba a unos pasajeros sordos el acceso al avión. Si el motivo del viaje hubiera sido profesional y la imposibilidad de tomar el avión les hubiera supuesto perder un enlace o tener que cancelar una reunión y acordar una nueva fecha, la compañía aérea hubiera debido pagar los gastos de celebración de un negocio de sustitución.

(3) Discriminación en el acceso a un gimnasio

En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12.7.2002 (JUR\2002\278854; MP: Adoración María Riera Ocáriz) en que se denegaba el acceso al gimnasio a una niña con síndrome de Down, cabe pensar

que la víctima hubiera podido solicitar una indemnización de daños si se vio obligada a apuntarse a unas instalaciones deportivas más caras o que estaban más lejos de su domicilio, debiendo hacer frente a gastos de desplazamiento adicionales.

(4) Discriminación en el acceso a seguros

Las negativas a celebrar un contrato de seguros, pueden causar daños económicos importantes. Si se produjera el riesgo frente al que se quería asegurar la víctima y ésta no hubiera contratado un seguro alternativo, la compañía aseguradora infractora podría quedar obligada a sufragar los gastos asociados a la producción de dicho riesgo.

(5) Discriminación en el acceso al crédito

En los contratos bancarios, la denegación discriminatoria de una hipoteca o un crédito pueden suponer un obstáculo definitivo a la compra del inmueble u objeto de consumo que se pretendía adquirir. En tales casos el daño patrimonial consistiría en, en su caso, el sobreprecio pagado por la víctima para adquirir otra vivienda o bien.

(6) Discriminación en el acceso a la vivienda

En el acceso a la vivienda los estudios empíricos realizados en Estados Unidos, ponían de relieve que la conducta discriminatoria sucedía en un estadio muy temprano de la contratación. Las víctimas obtenían negativas en la primera toma de contacto telefónica con la agencia o el arrendador, sin llegar a tener la posibilidad de ver el objeto del contrato.

En tales casos la relación de causalidad entre la conducta discriminatoria y el daño patrimonial, que podría consistir en perder la posibilidad de celebrar el contrato de arrendamiento o compraventa sobre el inmueble es muy remota. Por ello, el único daño patrimonial que podría hacerse efectivo en estos supuestos es la pérdida de oportunidad asociada a la conducta discriminatoria.

Decía, al tratar la transposición alemana, que dicho ordenamiento no prevé la indemnización de ese concepto. Vale la pena analizar, aquí, si la jurisprudencia española, que ha aplicado, aunque tan sólo excepcionalmente, la doctrina de la pérdida de la oportunidad[563], recurre a esa doctrina en sede discriminatoria.

(6.1) El tratamiento jurisprudencial del problema de la causalidad incierta en sede discriminatoria: todo o nada (*All-or-nothing Approach*)

En el ámbito de las relaciones laborales, los Tribunales españoles han razonado siempre desde la causalidad. O bien se establecía una relación de causalidad entre la conducta discriminatoria y el daño, que llevaba a la plena compensación del interés positivo del contrato o bien se declaraba la inexistencia de dicha relación, con lo que la víctima perdía todo derecho a una compensación de los daños patrimoniales

Sirvan de ejemplo las siguientes sentencias recaídas en supuestos de discriminación en el acceso al empleo:

> Los hechos que dieron lugar a la STSJ de Cataluña de 7.5.1997 (AS\1997\2209; MP: José de Quintana Pellicer) fue la no contratación por la Jefatura Provincial de Correos y Telégrafos de Girona de la demandante debido a su embarazo. A pesar de ser la demandante, la número 42 de la lista de espera para la contratación temporal, Correos y Telégrafos contrató a personas que ocupaban puestos posteriores en dicha lista. La demandante interpuso una demanda de protección de los derechos fundamentales ante el Juzgado de lo Social, que estimó parcialmente la demanda y condenó a Correos y Telégrafos al pago de 35.000 pts (22.7.1996). Ambas partes interpusieron un recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña, que éste desestimó por entender que "el Organismo demandado no ha conseguido ofrecer una justificación objetiva y razonable para la no contratación de la actora para la campaña de Navidad, por lo tanto **ha de entenderse que la** razón aceptada en la sentencia de instancia (**situación de embarazo de la mujer) aparece como la verdadera causa de su pretensión a favor de otras**

[563] LUNA YERGA (2005), *InDret 2/05*, pp. 1-18.

> **integrantes de las lista de espera** con número posterior de llamamiento." El Tribunal entiende además que en tanto que la contratación a la que se le negó el acceso a la demandante era sólo por una semana la indemnización debe limitarse a la cantidad que podría percibir una persona de su categoría profesional durante este tiempo.

En este pronunciamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña infiere la relación de causalidad entre la discriminación y el daño asociado a la no obtención del empleo, de la falta de razones o justificaciones aducidas por el empleador para no contratar a la trabajadora. En la medida en que existe una lista que parece determinar el orden en que deben ser elegidos los candidatos, la decisión discriminatoria de no respetar ese orden se presume la causa directa de que la víctima no haya obtenido el puesto de trabajo. En realidad, en este supuesto, la incerteza causal era mínima porque la capacidad de elección de la Jefatura Provincial de Correos y Telégrafos estaba muy mermada por la existencia de una lista de espera, que debía respetar.

Distinto era el siguiente supuesto resuelto por el Juzgado Contencioso administrativo nº 1 de Granada:

> Fue objeto de estudio por el Juzgado Contencioso administrativo nº 1 de Granada, en su sentencia de 25.4.2001, (RJCA\2001\338; MP: Immaculada Montalbán Huertas) la negativa del INEM a incluir a una trabajadora desempleada embarazada en la lista de candidatos remitida a la Consejería de Educación. Dicho organismo había enviado una oferta de empleo al INEM solicitando de esta entidad que le propusiera un listado de posibles interesados en ocupar las plazas vacantes de profesores de Educación física. El Juzgado Contencioso Administrativo estimó el recurso y condenó al INEM al pago de la remuneración económica dejada de obtener por la víctima de la discriminación, que debía calcularse en base a la duración media de los contratos celebrados por la Delegación de Educación con las candidatas aceptadas y las retribuciones económicas percibidas por éstas.

La Jueza basa su decisión de otorgar dicha indemnización en el razonamiento siguiente: "del hecho relativo a la cualificada y dilatada experiencia profesional de la actora en la específica actividad profesional demandada debe concluirse

de modo lógico que si la actora hubiera sido presentada por el INEM a la oferta de trabajo, habría sido seleccionada y obtenido uno de los once contratos de trabajo finalmente celebrados con su correspondiente remuneración económica." La sentencia sopesa, teniendo en cuenta el número de vacantes y la cualificación relativa de la víctima, las posibilidades que ésta hubiera tenido de acceder al empleo. La observación de que la probabilidad era alta, lleva a que se presuma la causalidad entre el comportamiento discriminatorio y el daño y se condene al pago de una indemnización equivalente al salario dejado de obtener.

De forma opuesta se resolvía el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 8.9.2006 (AS\2007\156; MP: Antonio Doreste Armas).

> Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento judicial fue la decisión de un hotel de no promocionar a recepcionista a un trabajador de color negro y la tolerancia por parte de la empresa de comentarios racistas de los trabajadores contra el demandante y de la colocación en un talón de anuncios de una nota ofensiva aludiendo al origen étnico del demandante. El Juzgado de lo Social estimó la demanda y condenó a la empresa al cese en el comportamiento discriminatorio y a la contratación del trabajador como recepcionista. El hotel fue condenado al pago de una indemnización por daños patrimoniales de 182,81 € mensuales por cada mes desde que el trabajador fue degradado al puesto de portero y a una indemnización de 60.000 € en concepto de daños morales. El TSJ de las Islas Canarias estimó el recurso. Para empezar negó que la decisión empresarial de no promocionar al demandante constituyera discriminación. Revocó entonces la indemnización de los daños patrimoniales y rebajó la indemnización de los daños morales a 6.000 €. El TSJ justificó la reducción de la indemnización por daños morales, cuestionando la existencia de los daños morales determinados por los peritos médicos.

A diferencia del Juzgado de instancia, que consideró que la actitud discriminatoria de la empresa había sido la causa de la no promoción del trabajador, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, negó esa relación de causalidad.

El Juzgado de lo Social había analizado las posibilidades de promoción del demandante, teniendo en cuenta su

participación en un curso de formación para recepcionistas, sus conocimientos de idiomas y la valoración muy positiva que éste había obtenido de los clientes. De la existencia de una probabilidad, que el Juzgador consideró alta, éste dedujo que la promoción se hubiera producido de no mediar discriminación. El Tribunal de Justicia de Canarias tuvo en cuenta otros aspectos, que mermaban las posibilidades del candidato y concluyó que no había una relación de causa-efecto. Seguramente, la promoción del trabajador ni era tan segura ni tan improbable y se hubiera acercado más a la realidad una solución que hubiera tratado de cuantificar la pérdida de la oportunidad de ascender.

(6.2) Consecuencias del tratamiento jurisprudencial de la incerteza causal para la discriminación en el acceso a la vivienda

Como muestran las sentencias a las que me he referido, los Tribunales españoles ya realizan un análisis de probabilidad. Lo hacen, sin embargo, sólo a efectos de tomar la decisión de concederlo todo o no conceder nada. La solución consistente en indemnizar las pérdidas de oportunidad, permitiría dar una respuesta satisfactoria a las conductas discriminatorias en el acceso a la vivienda.

Conceder en tales casos sólo la indemnización de los daños morales no se ajusta a la realidad. La discriminación en el acceso a la vivienda puede dar lugar a pérdidas patrimoniales considerables. En el caso del arrendamiento, se trata de contratos de larga duración, con lo que la celebración de un negocio de sustitución con una renta más elevada puede suponer un sobrecoste importante. Cuando lo que está en juego es la compra de un inmueble, en tanto que los precios son muy elevados, las diferencias de precio, aunque puedan parecer poco significativas expresadas en porcentajes, suelen ser, en términos absolutos, cantidades importantes.

dd) La compensación de otros daños discriminatorios

Además de por los daños patrimoniales sufridos, el discriminador deberá indemnizar a la víctima por los daños morales sufridos.

Considero errónea la idea sostenida por el legislador alemán de que sólo aquellas conductas discriminatorias que supongan al mismo tiempo un atentado al honor ocasionan daños inmateriales. El trato discriminatorio, incluso aquel que no atenta contra la dignidad de la víctima, bien porque se trate de un supuesto de discriminación estratégica, en la que el discriminador no trata de forma vejatoria al discriminado o de discriminación indirecta, puede provocar perjuicios no patrimoniales.

Para empezar la frustración, incertidumbre y preocupación provocadas por las dificultades que la persona discriminada puede tener para obtener unos bienes tan importantes para un individuo como una vivienda, un crédito, un seguro de vida o médico.

En los casos en que no se producen daños patrimoniales relevantes, porque la negativa discriminatoria a contratar lo que conlleva es la pérdida de una oportunidad de disfrute, como sucede en el acceso a discotecas, bares o restaurantes, la indemnización de los daños morales debería compensar dicha pérdida.

En las discriminaciones que tienen lugar en el sector de la vivienda, un daño inmaterial indemnizable podría ser la incomodidad que puede causarle a la víctima verse obligada a comprar o arrendar el inmueble en un barrio, que esté situado lejos de su puesto de trabajo, por la imposibilidad de obtener un piso en el distrito preferido por ella.

(1) La jurisprudencia española en materia de daños morales en casos de discriminación

Al cuantificar los daños inmateriales causados por conductas discriminatorias, los Tribunales españoles no han procedido de una forma sistemática, que permita comprender en que criterios han basado sus decisiones indemnizatorias.

(1.1) Supuestos de hecho comparables e indemnizaciones divergentes

Sirvan de ejemplo de la disparidad de criterio, las dos siguientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid:

> Los hechos que dieron lugar a la STSJ de Madrid de 8.10.2008 (AS\2009\276; MP: Virginia García Alarcón) fueron el despido de una trabajadora que se estaba sometiendo a un tratamiento de reproducción asistida. El Juzgado de lo Social estimó la demanda interpuesta por la trabajadora, declaró nulo el despido y condenó al empresario a la readmisión de la trabajadora, así como al pago de los salarios dejados de percibir (2.830,23 €) y al pago de una indemnización de 1.000 € en concepto de daños morales. El TSJ de Madrid desestima el recurso de suplicación por entender que la compensación de los daños morales era adecuada. En los casos de vulneración de derechos fundamentales, basta con acreditar la existencia de un daño moral sin que sea necesaria su cuantificación, que llevará a cabo el Juez en base a criterios de equidad. El Tribunal recuerda que el Real Decreto Legislativo 5/2000, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tipifica las discriminaciones del empresario como infracciones muy graves y las penaliza con una multa de entre 3.005,07 a 12.020,24 €. En vistas de que la multa supera la indemnización fijada por el Juzgador de instancia, el TSJ de Madrid entiende que la indemnización es proporcionada.
>
> Los hechos que dieron lugar a la STSJ de Madrid de 31.10.2006 (AS\2007\270; MP: Manuel Ruíz Pontones) fueron el despido de la trabajadora por estar embarazada. El Juzgado de lo Social condenó a la empresa a readmitir a la trabajadora y al pago de una indemnización, en concepto de daños morales, de 4.000 €. El STSJ desestima el recurso de suplicación por entender que la cuantificación del daño moral padecido se ha llevado a cabo correctamente al tomar como referencia el Real Decreto

> Legislativo 5/2000, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Se trataba en ambos supuestos de despidos discriminatorios por razón de maternidad y, mientras que en uno de los casos la indemnización de los daños morales ascendió a 1.000 €, en el otro, el Juzgado de instancia condenó al empresario al pago de 4.000 €. De los hechos relatados en ambas sentencias no se deducen, sin embargo, diferencias relevantes que pudieran explicar esa disparidad indemnizatoria.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dio por buenos ambos pronunciamientos, aplicando un criterio cuestionable: En la medida en que las cuantías indemnizatorias no sobrepasaban las multas previstas por el legislador para los casos de infracción de la prohibición de discriminación, éstas debían ser consideradas proporcionadas.

En este razonamiento resuena la confusión de dos finalidades distintas del derecho de daños como son la compensación y la punición. Que la compensación perfecta de los daños ya tenga efectos preventivos suficientes, no permite inferir, sin embargo, que la multa prevista por el legislador en una disposición que pretende sancionar, esté calculada en base a los daños que previsiblemente causará la infracción.

Por eso hubiera sido más indicado hacer una valoración de los daños efectivamente sufridos en cada uno de los supuestos.

(1.2) Supuestos de hecho divergentes e indemnizaciones idénticas

Corrobora la ausencia de criterios claros de valoración, la comparación de dos casos manifiestamente distintos en lo que se refiere al comportamiento discriminatorio, en los que se concedió, sin embargo, la misma indemnización de 6.000 €.

El primero era el supuesto, que ya he mencionado, resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 8.9.2006 (AS\2007\156; MP: Antonio Doreste Armas) en el que la víctima era objeto de un trato vejatorio y racista.

En el segundo caso (STSJ de Canarias de 22.12.2008 [AS\2009\310; MP: Mª Jesús García Hernández]) el empresario se limitaba a no contratar a la víctima, debido a la ausencia de baño para mujeres en una obra.

Los daños morales sufridos por las víctimas en un caso y otro no podían ser equiparados pues el comportamiento racista e insultante conlleva un atentado al honor adicional, que debería haberse traducido en una indemnización más alta.

(1.3) Indemnizaciones meramente simbólicas

No resulta en ningún caso admisible condenar al pago de una indemnización de 1 €, como la hacía la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 6.5.2009 (La Ley 184040/200; MP: Lorenzo Pérez San Francisco) en la que resolvía sobre la denegación del acceso a un vuelo, por parte de una compañía aérea, a unos pasajeros por ser sordos.

La imposición de una indemnización meramente simbólica, priva a la prohibición de discriminación de su eficacia y señaliza que el ordenamiento jurídico no pretende sancionar su infracción. La decisión sobre qué conductas están prohibidas y cuáles permitidas corresponde al legislador y los órganos jurisdiccionales no deberían vaciar de contenido dicha prohibición.

(2) Conclusiones sobre el montante de los daños morales

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró, en los casos de discriminación laboral, que una indemnización equivalente a tres meses de salario permitía compensar adecuadamente los daños morales sufridos por la

víctima. No se trataba de indemnizar lesiones al honor, puesto que eran casos en los que la conducta discriminatoria sencillamente consistía en no haber tenido en cuenta a una candidata en un proceso de selección. Aunque la forma de cuantificar el daño moral no fuera la más apropiada, porque hacía depender el montante de la indemnización del salario esperado y llevaba por tanto a que los candidatos que aspiraban a un empleo mejor remunerado obtuvieran una compensación mayor, esa cantidad podría servir de guía a los Tribunales nacionales.

Habría que tener, sin embargo, en cuenta que el Tribunal de Justicia partió del ordenamiento jurídico alemán en el que el legislador alemán había centrado su sistema de sanciones de conductas discriminatorias en la indemnización de los daños: se preveía la indemnización como sanción única. En el ordenamiento español, como hemos visto, existen supuestos a los que se aplican también sanciones administrativas e incluso penales. En tales casos la indemnización no debería ser tan alta, porque la función preventiva se cumpliría por otra vía.

De esta forma, podría partirse de una cantidad base, que trataría de dar respuesta a los daños morales, que típicamente produce toda conducta discriminatoria en el acceso a bienes y servicios como es el quebranto psicológico por ser tratado de forma menos favorable que otro. El Tribunal debería aumentar la cantidad de la indemnización, teniendo en cuenta, las circunstancias en que ha tenido lugar la conducta discriminatoria y su gravedad

ee) El art. 72.2: La asimilación de las primas a las del sexo más beneficiado

El artículo 72.2 establece, para el ámbito de los seguros, que el asegurado perjudicado por una conducta discriminatoria, podrá reclamar la asimilación de las prestaciones que paga a las del sexo más beneficiado.

> "Artículo 72.2. En el ámbito de los contratos de seguros o de servicios financieros afines, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 10 de esta Ley, el incumplimiento de la prohibición contenida en el artículo 71 otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y eficacia del contrato."

Esta solución, tan sólo prevista para la contratación de seguros, podría hacerse extensiva a aquellos contratos de financiación en los que la conducta discriminatoria consista en el cobro por parte de una entidad financiera de un tipo de interés mayor que al resto de consumidores.

ff) La acción de cesación en la conducta discriminatoria

En la doctrina española Mª PAZ GARCÍA RUBIO [564] y ALFREDO MUÑOZ GARCÍA[565] han lamentado que legislador español no haya previsto de forma expresa la acción de cesación en la conducta discriminatoria.

Esta falta de previsión legal no debería privar a la víctima de la posibilidad de poner freno a la continuación en una conducta discriminatoria que la afecte directamente.

A mi modo de ver, resulta incompatible con las exigencias del derecho comunitario respecto de la efectividad de las sanciones, el que el perjudicado por una conducta discriminatoria sólo pueda exigir del infractor la indemnización del daño sufrido.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha mencionado recientemente de forma expresa la acción de cesación como posible sanción a adoptar en los casos de discriminación:

---

[564] GARCÍA RUBIO (2006), *La Ley*, p. 12.

[565] MUÑOZ GARCÍA (2007), *Igualdad de hombres y mujeres* , p. 472.

> "Esas sanciones pueden consistir en su caso, y si ello parece apropiado para la situación controvertida en el litigio principal, en la declaración de la discriminación por el tribunal o la autoridad administrativa competente, acompañada del grado de publicidad adecuado, cuyo coste en tal caso soporte la parte demandada. Pueden también consistir en la conminación al empleador, según las reglas del Derecho nacional, a cesar en la práctica discriminatoria declarada, en su caso junto con una multa coercitiva. Pueden consistir además en la concesión de una indemnización al organismo que haya promovido el procedimiento[566]."

Del tenor de las afirmaciones del Tribunal de Justicia puede concluirse que la concesión de una indemnización a la víctima no agota los remedios a adoptar.

La obligación de cesar en la práctica discriminatoria cumple la función preventiva de forma mucho más satisfactoria. Esto resulta evidente en aquellos casos en que la infracción consiste en la inclusión en contratos estandarizados de cláusulas discriminatorias. La obligación de indemnizar el daño sufrido por una víctima individual no crea suficientes incentivos al discriminador para cesar en la adopción de la práctica contractual discriminatoria, que por llevarse a cabo repetidas veces, puede reportar al discriminador beneficios muy elevados.

Justamente y haciendo referencia a este tipo de supuestos SUSANA NAVAS NAVARRO entiende que cuando la parte discriminada tenga la condición de consumidor, cabrá el ejercicio de la acción de cesación prevista en el art. 53.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007[567]. La dificultad que plantea esta vía es que, de acuerdo con el art. 54 del Real Decreto Legislativo 1/2007, sólo están legitimados para ejercitar dicha acción el Instituto Nacional de Consumo, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, las asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Ministerio Fiscal y las entidades de otros

---

[566] *Centrum loor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding c. Firma Feryn NV.* (STJCE de 10.7.2008, apartado 39).

[567] NAVAS NAVARRO (2009), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, p. 1481.

Estados miembros de la Comunidad Europea para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Únicamente en aquellos casos en que la acción de cesación se ejercite contra una conducta discriminatoria que lesione intereses colectivos o difusos, estará también legitimada activamente la víctima (art. 54.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007). De esto se deriva que esta vía de protección resulte poco efectiva para el perjudicado por la conducta discriminatoria.

Cuando Mª PAZ GARCÍA RUBIO[568] y ALFREDO MUÑOZ GARCÍA[569] se mostraban partidarios de que se legitime para ejercitar la acción de cesación a los sujetos mencionados en la Disposición adicional quinta de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[570], los autores hacían esta propuesta como complemento y no sustitución de la legitimación que debía tener el perjudicado.

SUSANA NAVAS NAVARRO hace alusión también al art. 12.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que establece que "contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse,

[568] GARCÍA RUBIO (2006),*La Ley*, p. 12.

[569] MUÑOZ GARCÍA (2007), *Igualdad de hombres y mujeres*, p. 472

[570] "1. Se introduce un nuevo artículo 11 bis a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos:

Artículo 11 bis. Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

1. Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

2. Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal."

respectivamente acciones de cesación y retractación.” En la medida en que una cláusula discriminatoria por razón de sexo atentaría contra la Ley Orgánica 3/2007 se entendería que ésta resulta contraria a una ley imperativa.

En todo caso y pensando en aquellos casos en que el comportamiento discriminatorio cuyo cese se pretende consiste en una actuación y no en la inclusión de una cláusula en un contrato, podría el perjudicado por una discriminación étnica o sexual, acudir a la vía que le abre el art. 32.1.2ª de la Ley 3/1991.

F. CONCLUSIONES

I. La protección en el ordenamiento jurídico alemán y español frente a conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios, anterior a las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

I. La doctrina mayoritaria alemana considera que el art. 3 ap 3. 1 de la Norma Fundamental alemana obliga a los poderes públicos, como mandato de protección, a evitar que los individuos sean víctimas de una discriminación social sistemática debido a su sexo y origen étnico. Sin embargo, la Norma Fundamental alemana no obliga al legislador a prohibir toda conducta discriminatoria particular, sino que deja cierto margen de apreciación a los poderes públicos, que podrán decidir sobre el grado de protección a adoptar frente a los comportamientos discriminatorios que tienen lugar en el tráfico jurídico privado. Esto se explica fundamentalmente porque la prohibición de actuar de forma discriminatoria supone una injerencia en la libertad de contratación del particular que pretende diferenciar. Sin embargo, los autores alemanes han considerado que la posibilidad de participar en el intercambio económico que tiene lugar en el mercado, debía prevalecer frente a la pretensión de excluir a alguien de ese ámbito común, por sus características inmodificables, cuando se ha señalizado la disposición a contratar con cualquiera que cumpla ciertas condiciones contractuales. En la medida en que el legislador alemán no había adoptado –antes de la aprobación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE– una prohibición expresa de discriminación por razón de sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público, la respuesta a tales conductas discriminatorias se articulaba a través de la aplicación de las cláusulas generales contenidas en los §§ 823. (1) y 826 del Código Civil alemán.

II. En el ordenamiento jurídico español, la doctrina mayoritaria parte de que la contundencia del art. 14 de la Constitución Española tampoco autoriza a prohibir toda conducta discriminatoria privada, debido al necesario respeto

al principio de autonomía privada, que rige las relaciones de los ciudadanos entre sí. La consideración de ilícito del comportamiento discriminatorio particular se ha hecho depender de la concurrencia de ciertos factores, que lo convertían en especialmente grave, como son:

> a. el carácter vejatorio de la conducta y la afectación al núcleo esencial de la dignidad de la víctima.
> b. la trascendencia social de la discriminación.
> c. la influencia en masa en ciertos colectivos que el comportamiento discriminatorio pueda tener.
> d. la existencia de una relación de dependencia entre la entidad discriminadora y la víctima, ya sea porque existe entre ambas una relación laboral o porque el discriminador tenga una posición monopolística o dominante en el mercado.
> d. la naturaleza pública del servicio que el particular explota.

Antes de la aprobación del art. 512 del Código Penal, se aplicaba a la contratación de bienes y servicios en condiciones discriminatorias los artículos 6.2 y 1.255 y a las negativas discriminatorias a contratar el artículo 7.2 del Código Civil español. Con el art. 512 del Código Penal el legislador español dio cumplimiento a su deber de dar efectividad a los derechos fundamentales, prohibiendo a los particulares profesionales que denieguen a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de, entre otras características, su sexo u origen étnico. En todo caso la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal prohíbe, en su artículo 16.1, el tratamiento discriminatorio de los consumidores en materia de precios y otras condiciones de venta por parte de los oferentes de bienes y servicios que concurran en el mercado.

II. La regulación de la discriminación por origen étnico y sexo en el acceso a bienes y servicios disponibles al público en las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

III. El concepto de discriminación directa de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE permite poner fin a todas las

diferencias de trato por razón de sexo u origen étnico que no estén justificadas por un motivo legítimo. El concepto de propósito legítimo de la Directiva 2004/113/CE es restringido y permite justificar diferencias de trato que persigan la protección de las víctimas de la violencia por razón de sexo, la promoción de la igualdad de género, razones de intimidad y decencia, la organización de actividades deportivas o que queden protegidas por la libertad de asociación. Son subsumibles en el concepto de discriminación directa las cuatro categorías de discriminación propuestas por J. J. DONOHUE:

> a. *animus-based discrimination*, motivada por la aversión del discriminador hacia la víctima de la discriminación;
> b. *catering others aversion discrimination,* que obedece al intento de obtener beneficios de la aversión de otros sin compartirla;
> c. *cartel-model discrimination,* que se explica por el deseo de elevar el status relativo del grupo al que pertenece el discriminador, bien aumentando su autoestima o eliminando la competencia que proviene de las víctimas de la discriminación;
> d. *statistical discrimination*, que consiste en la persecución de una finalidad distinta de la discriminación, que puede lograrse más eficientemente teniendo en cuenta el sexo o etnia de la víctima.

IV. Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE prohíben también las discriminaciones indirectas, que definen como la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponen en situación de desventaja particular a las personas de un sexo u origen étnico respecto del otro u otros, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. La discriminación indirecta permite sacar a la luz sesgos discriminatorios ocultos y cuestionar la toma de decisiones en base a criterios que perjudican a los miembros de determinados colectivos. Para

asegurar la funcionalidad de la figura de la discriminación indirecta sería recomendable llevar a cabo un test de justificación de las medidas con impacto dispar y adoptar un estándar de escrutinio igual de estricto que el del ordenamiento norteamericano. En éste, en el ámbito de las relaciones laborales, la exigencia de un criterio con impacto dispar sólo se considera justificada si ésta busca dar respuesta a una necesidad empresarial primordial y de peso del puesto de trabajo concreto que va a ocuparse, si existe una relación manifiesta entre dicho criterio y la necesidad y si no existen alternativas menos discriminatorias.

En el ámbito del acceso a bienes y servicios disponibles para el público no se dan discriminaciones indirectas con tanta frecuencia. Existe, sin embargo, una reciente jurisprudencia norteamericana sobre el impacto adverso en minorías étnicas, que producía la adopción de políticas discrecionales de fijación de precios en la financiación de automóviles. A raíz de esta jurisprudencia, IAN AYRES ha propuesto para el ámbito del acceso a bienes y servicios un test de justificación económica basada en los costes de producción. Una política de precios no podrá ser considerada justificada si ésta lleva a que los miembros de un determinado colectivo paguen un sobreprecio, que supera sustancialmente los costes de la prestación. La discriminación indirecta sirve en este contexto como mínimo —y volviendo a sus orígenes—, para poner fin a conductas discriminatorias encubiertas que, a pesar de la inversión de la carga de la prueba, resultan difíciles de probar.

V. La prohibición de discriminación por razón de sexo u origen étnico de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, es aplicable a toda oferta de bienes o servicios dirigida al público. Debe entenderse que existe una disponibilidad de los bienes o servicios al público cuando la declaración de voluntad del oferente abandona su esfera privada y se dirige a un círculo indeterminado de personas. El ámbito público se define así por contraposición al ámbito estrictamente privado, siendo indiferente la naturaleza pública o privada, profesional o particular del oferente.

VI. En la contratación de seguros de vida, médicos y seguro obligatorio de responsabilidad civil del automóvil, las compañías aseguradoras fijan las primas a pagar en base a, entre otras características, el sexo del asegurado. Se trata de una discriminación estadística, pues el sexo se utiliza como indicador de la probabilidad de que se realice el riesgo frente al que se está asegurando. El sexo tiene la ventaja de ser un factor visible, sobre el que no se puede mentir y que no varía con el tiempo. Por esta razón, evaluar los riesgos en base a este indicador es menos costoso. Sin embargo, el sexo no es ni la causa de la duración de la vida de una persona, ni de los gastos médicos que ésta va a generar, ni de los accidentes en que se va a ver involucrada. Por eso, fijar las primas teniendo en cuenta el sexo del asegurado, lleva a que la mujer que viva los mismos años que un hombre o la mujer que genere los mismos costes médicos que un hombre, o el hombre que cause los mismos accidentes que una mujer, paguen primas más alta por su sexo. En estos casos, la diferencia de trato es discriminatoria por razón de sexo y ésta no superaría, en principio, el examen de justificación de la Directiva 2004/113/CE, que parte de un concepto muy restringido de propósito legítimo. Por esta razón, en su art. 5.2, la Directiva 2004/113/CE prevé una excepción expresa, que permite a los Estados miembros autorizar diferencias proporcionadas de primas —siempre que éstas no obedezcan a costes relacionados con el embarazo y la maternidad (art. 5.3) — en los casos en los que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo.

Esta solución supone un avance en la medida en que

> a. reparte los costes del embarazo entre mujeres y hombres,
> b. evita la opacidad en la fijación de las primas,
> c. y permite recoger, en los seguros de vida, la convergencia que se está produciendo entre la esperanza de vida de las mujeres y los hombres.

Sin embargo tiene la desventaja de que

a. permite que una mujer concreta sea tratada de forma menos favorable que un hombre por la aplicación de promedios, aunque ambos, tomados individualmente, no se diferencien;
b. atenta contra el derecho a no tener que hacer frente a un tratamiento menos ventajoso por pertenecer a un colectivo que ha sido históricamente objeto de discriminación;
c. reparte las consecuencias sociales de la discriminación tan sólo entre los miembros del colectivo discriminado;
d. lesiona el derecho a no ser tratado conforme a estereotipos.

La mayor objeción a la adopción de la neutralidad sexual en la tarificación parte del sector asegurador, que afirma que ésta tiene el efecto perverso de llevar a un aumento generalizado de las primas. Dicha consecuencia es tan sólo una hipótesis —cuya comprobación excede las posibilidades de este trabajo— y, en todo caso, existen mecanismos que podrían contribuir a matizar su alcance. Éstos se centran en reforzar la tarificación a posteriori (*experience rating*), imponiendo penalizaciones o bonificaciones, que permitan reajustar, durante la vigencia del contrato, la prima al riesgo y compensar el posible efecto de la selección adversa, fruto de la implantación de tarifas unisex.

VII. Del análisis de las disposiciones de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativas a las consecuencias jurídicas que debe tener la infracción de la prohibición de discriminación se deriva que:

a. los Estados miembros deberán adoptar un estándar de responsabilidad objetiva;
b. la acción de compensación de daños deberá respetar el principio de reparación integral de los daños causados a la víctima de la discriminación;
c. las limitaciones indemnizatorias tan sólo están permitidas si no entran en contradicción con el

principio de compensación adecuada al perjuicio sufrido;
d. la indemnización, si ésta está prevista como sanción única, deberá ser disuasoria pero no sancionadora. El análisis económico del derecho ha mostrado que, en la mayor parte de los casos, la imposición de la obligación de compensación perfecta de los daños ya disuade de cometer la conducta lesiva.

III. Las transposiciones alemana y española de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE.

VIII. En el ordenamiento jurídico alemán la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios por razón de origen étnico y sexo de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE ha sido incorporada mediante la aprobación de la Ley general de igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) de 29 de junio de 2006. El legislador español ha introducido la Directiva 2000/43/CE mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y la Directiva 2004/113/CE mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

IX. Tanto en el ordenamiento jurídico alemán como en el español se han adoptado, casi textualmente, el concepto de discriminación directa e indirecta de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE. Podrán ser consideradas discriminaciones directas las cuatro categorías de discriminación propuestas por J. J. DONOHUE, las ofertas y declaraciones discriminatorias aunque no haya una víctima identificable y la discriminación por asociación. El alcance de la discriminación indirecta depende en gran medida de la interpretación jurisprudencial del test de justificación de las decisiones con impacto dispar: no puede afirmarse que los tribunales estén adoptando de forma generalizada un estándar de escrutinio estricto al aplicar el test.

La mayor parte de los pronunciamientos judiciales sobre conductas discriminatorias de particulares tienen lugar en el ámbito laboral. En el acceso a bienes y servicios disponibles al público también hay algunas resoluciones relativas a

negativas discriminatorias a contratar por razón del origen étnico en establecimientos abiertos al público y comportamientos discriminatorios por discapacidad. La dificultad que se está planteando es que los casos de discriminación en el acceso a bienes y servicios se resuelven generalmente en la jurisdicción penal, por aplicación del art. 512 del Código Penal. Aunque esta disposición no exige la concurrencia de una intención de discriminar, existe una comprensible reticencia por parte de los tribunales a imponer una sanción penal a conductas que no estén claramente motivadas por un ánimo discriminatorio. Esto lleva a que discriminaciones basadas en estereotipos o discriminaciones estadísticas no se reconozcan como tales.

X. El legislador alemán ha previsto dos ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación de distinto alcance en función de la característica objeto de exclusión. La prohibición de discriminación por origen racial o étnico (§ 19. (1) y § 19. (2) y § 2. (1) Nr. 8 *AGG*) se aplica a la celebración, realización y extinción de los contratos sobre bienes y servicios ofertados públicamente. La prohibición de discriminación por sexo, religión, discapacidad, edad u orientación sexual (§ 19. (1) y § 2. (1) Nr. 8 *AGG*) se aplica sólo a las relaciones obligatorias, ofertadas por profesionales, que se establecen con independencia de la persona, en una multiplicidad de casos, en condiciones equivalentes. No quedan sometidas a la prohibición de discriminación ni las relaciones obligacionales de derecho de familia o sucesorio ni las que conllevan una especial proximidad o confianza. La crítica que puede hacerse a esta disposición es la previsión de dos ámbitos de aplicación distintos para el origen étnico y el sexo. Ni las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE proceden de esa forma, ni la doctrina alemana y española proponía tal distinción, sino que abogaban, en mi opinión acertadamente, por distinguir entre características modificables e inmodificables del individuo. La vulnerabilidad y la correspondiente necesidad de protección de la víctima son mayores si ésta no tiene influencia sobre la concurrencia de cierto rasgo. Es preferible dar respuesta a las especificidades que puedan plantear ciertas formas de

discriminación, mediante la previsión de una causa de justificación concreta y tasada.

El legislador español, a diferencia del alemán, no ha concretado el ámbito de aplicación de las prohibiciones de discriminación. En este trabajo, se propone la siguiente concreción del art. 29 de la Ley 62/2003 y del art. 69 de la Ley Orgánica 3/2007.

a. Debe quedar sometida a la prohibición de discriminación por sexo y origen étnico toda oferta de bienes o servicios dirigida al público, hecha por un particular, profesional o no, en la que el sexo u origen étnico del contratante no tenga típicamente importancia, como son los contratos sobre bienes de consumo, los celebrados en el sector de la gastronomía, de los transportes y del ocio.

b. También caen dentro del ámbito de aplicación objetivo de ambas leyes los contratos de seguros, ya sean éstos seguros médicos, de vida, de automóvil, de viajes. Habrá aquí que distinguir entre dos tipos de conductas discriminatorias: las negativas a contratar y la contratación en condiciones distintas. Están en todo caso prohibidas las negativas a celebrar un contrato de seguros con un potencial cliente por razón de su sexo u origen étnico. Sin embargo, respecto de las diferencias de primas basadas en el sexo, el Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, establece que éstas estarán permitidas siempre que “el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes, fiables y acreditables en función del análisis del riesgo realizado por la entidad”.

c. Tampoco cabrá diferenciar en función del sexo u origen étnico del cliente en los contratos de crédito como son la apertura de una cuenta corriente, la concesión de créditos al consumo o de créditos hipotecarios.

d. En el acceso a la vivienda habrá que diferenciar los contratos que den acceso a la esfera privada del oferente de los que no lo hagan. En el primer caso el

oferente sí podrá hacer prevalecer sus preferencias respecto del sexo u origen étnico del arrendatario, mientras que en los segundos, éste no podrá basar sus decisiones contractuales en dichas características del solicitante.

e. Quedan fuera del ámbito de aplicación de la prohibición los contratos personalísimos o aquellos en los que, a través de su celebración, se de acceso al ámbito de la vida privada y familiar del oferente.

XI. El legislador alemán ha centrado su sistema de remedios frente a conductas discriminatorias en la previsión de acciones de derecho privado: la acción de cesación en la conducta discriminatoria (§ 21. (1) *AGG*), la acción de compensación de los daños sufridos (§ 21. (2) *AGG*), la imposibilidad de invocar un acuerdo discriminatorio (§ 21. (4) *AGG*). La prevención de conductas discriminatorias dependerá en el caso alemán, en gran medida, de la disposición de los tribunales a condenar al pago de indemnizaciones que se correspondan con los daños efectivamente producidos. La regulación que la ley alemana hace de la indemnización presenta, ya para empezar, dos obstáculos, el que la acción de resarcimiento del daño dependa de la prueba de la culpabilidad del causante y el que la acción de compensación de los daños morales exija que se haya producido un grave atentado al honor de la víctima.

El legislador español ha optado por sancionar penalmente las negativas de profesionales a prestar servicios a cualquiera que tenga derecho a ellos, por determinadas características del solicitante como son su sexo u origen étnico (art. 512 Código penal). Además en los art. 49. 1 m) y k) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se definen las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de servicios, como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios que podrán ser sancionadas por la Administración pública con multas. La Ley Orgánica 3/2007 prevé la nulidad de los actos o cláusulas discriminatorias por razón de sexo (art. 10), la acción de indemnización de los daños y perjuicios sufridos (art. 72.1) y

para los casos de discriminación sexual en la contratación de seguros, la asimilación de las primas a las que paga el sexo más beneficiado (art. 72.2). No se ha previsto de forma expresa en la Ley Orgánica 3/2007 la acción de cesación en la conducta discriminatoria. El legislador español tampoco ha adoptado remedios de derecho privado para los casos de discriminación por origen étnico. Esto plantea un problema de compatibilidad con la Directiva 2000/43/CE, pues el derecho comunitario atribuye a los remedios frente a la discriminación también una función compensatoria. Dicho error podría subsanarse acudiendo a las acciones de derecho privado previstas en el art. 32.1 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

El sistema alemán tiene la ventaja de garantizar, mediante la imposición de remedios de derecho privado, las finalidades de compensación y prevención, evitando la acumulación de sanciones. Esta solución, basada en el *private enforcement*, traslada del Estado a la víctima, que dispone de mayor información sobre la infracción, la iniciativa para exigir el respeto al derecho antidiscriminatorio. Esto permite reducir los costes asociados a la persecución de conductas discriminatorias. Además y, como demuestra la experiencia española con el art. 512 del Código Penal, la criminalización del comportamiento discriminatorio puede tener el efecto no deseado de que los tribunales apliquen de forma restrictiva el concepto de discriminación.

XII. Cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho europeo supone que la infracción de la prohibición de discriminación debe dar lugar a la compensación a la víctima todos los daños que le ha producido la conducta discriminatoria. Dicha indemnización debe comprender tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales. En los casos en que la conducta discriminatoria tiene lugar en fase precontractual y no ha sido posible la imposición de una obligación de vender o prestar, deberá distinguirse entre dos tipos de supuestos: aquellos en que la conducta discriminatoria ha sido la causa de la no celebración del contrato y los de causalidad incierta. En el primer tipo de casos la víctima tendrá derecho a la indemnización del

interés contractual positivo (*expectation damages*). En el segundo tipo de casos deberá compensarse la pérdida de oportunidad de celebrar el negocio, que consistirá en la parte del interés positivo del contrato que se corresponda con las posibilidades que tenía la víctima de celebrarlo. Respecto de los daños extrapatrimoniales, la víctima tendrá derecho a la compensación del quebranto psicológico que, en su caso, se derive del trato discriminatorio. Si la discriminación ha tenido lugar de forma vejatoria deberá compensarse además a la víctima por la lesión al honor.

XIII. Aunque ni el ordenamiento jurídico alemán ni el español lo prevén expresamente, frente a las negativas discriminatorias a contratar, he defendido la posibilidad de imponer una obligación de vender o prestar. Ésta queda condicionada a que la víctima siga interesada en el bien o la prestación, no se trate de una prestación personal, exista una relación de causalidad entre la conducta discriminatoria y la no celebración del contrato, el contenido del contrato esté suficientemente determinado y la celebración sea todavía posible. He considerado que la injerencia en la libertad de contratación del oferente que supone la imposición de dicha obligación es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto. A diferencia de la doctrina mayoritaria considero que la obligación de contratación no puede estar condicionada a la inexistencia de alternativas en el mercado de obtener el bien o servicio en cuestión. El bien protegido por la prohibición de discriminación no es tan sólo el acceso a unos bienes o servicios sino la participación en igualdad de condiciones en el intercambio económico que tiene lugar en el mercado. El oferente que discrimina tiene respecto de dicho bien una situación análoga a la de un monopolista. La víctima no puede recuperar el estatus de contratante en igualdad de condiciones, dirigiéndose a un oferente alternativo.

G. BIBLIOGRAFÍA

ARANDA ÁLVAREZ, ELVIRO (2006), "Discriminación por razón de sexo en el ámbito político: los problemas de las cuotas electorales" en: PÉREZ ROYO, JAVIER/URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN PABLO/CARRASCO DURÁN, MANUEL (ed.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los días 3, 4 Y 5 de Diciembre de 2003,* Tomo I, Thomson Aranzadi, pp. 771-795.

ADOMEIT, KLAUS (1997)*,* **"**Arbeitsrecht auf Abwegen", *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 2295.

ADOMEIT, KLAUS (2002), "Diskriminierung—Inflation eines Begriffs", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1622-1623.

ADOMEIT, KLAUS (2006), "Political correctness—jetzt Rechtspflicht!", *Neue Juristische Wochenschrift,* pp. 2169-2171.

ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS (1993), "Autonomía privada y derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 57-122.

ALONSO GARCÍA, ENRIQUE (1983), "El principio de igualdad del articulo 14 de la Constitución Española", *Revista de Administración Pública*, pp. 21-72.

ANNUB, GEORG (1999), „Grundfragen der Entschädigung bei unzulässiger Geschlechtsdiskriminierung", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, pp. 738-744.

ARAGÓN REYES, MANUEL (1994), "La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: La reforma de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 42, pp. 9-26.

ARMBRÜSTER, CHRISTIAN (2005), "Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 41-44.

ARMBRÜSTER, CHRISTIAN (2006), "Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für Private Versicherungsverträge", *Versicherungsrecht*, pp. 1300-13012.

ARMBRÜSTER, CHRISTIAN (2007), "Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?", *Neue Juristische Wochenschrift,* pp. 1494-1498.

ARROW, KENNETH J. (1972), 'Some Mathematical Models of Race Discrimination in the Labour Market', in PASCAL, ANTHONY H. (ed.), *Racial Discrimination in Economic Life*, Lexington, Lexington Books, pp. 187-203.

AYALA DEL PINO, CRISTINA (2005), "Discriminación en el acceso al empleo: por razón de la edad y por condiciones jurídicas (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 31/99, de 24 de marzo), *Saberes*: *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Separata, pp. 1-37.

AYRES, IAN (2007), "Market Power and Inequality: A Competitive Conduct Standard for Assessing When Disparate Impacts are Unjustified", *California Law Review 95*, pp. 669-719.

BACHMANN, GREGOR (2006), Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Kapitalmarktrecht", *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, pp. 144-177.

BAER, SUSANNE (2001), „Recht gegen Fremdenfeindlichkeit und andere Ausgrenzungen – Notwendigkeit und Grenzen eines Gesetzes gegen Diskriminierung", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 502-504.

BALLARIN IRIBARREN, JAVIER (1988), „Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La „Drittwirkung" en la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional)*", Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, pp. 283-315.

BALLESTER PASTOR/BALLESTER CARDEL (2008), "Significado general y conceptual de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres" en: SALA FRANCO,TOMÁS/ BALLESTER PASTOR, Mª AMPARO/BAÑO LEÓN, JOSÉ Mª,/ EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL/ GOERLICH PESET, JOSÉ Mª (coord.), *Comentario a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid.

BASEDOW, JÜRGEN (2004), "Diskussionsbeitrag zum Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht", *VersR-Schriften*, p. 165.

BAUER, JOBST-HUBERTUS / GÖPFERT, BURKARD /KRIEGER, STEFFEN (2007), *AGG Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München.

BENECKE, MARTINA/ KERN, GISELA (2005), „Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der Europäischen Richtlinien im deutschen Recht", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* pp. 360-364.

BELL, MARK (2002), *Antidiscrimination Law and the European Union*, Oxford Studies in European law, Oxford.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO (1990), "Principio de igualdad y derecho privado" *Anuario de Derecho Civil*, pp. 369-427.

BERTHOU, KATELL (2003), "New Hopes for French Anti-Discrimination Law", *The international journal of comparative labour law and industrial relations 19*, pp. 109–137.

BEZZENBERGER, TILMAN (1996), "Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im

bürgerlichen Recht", *Archiv für die civilistische Praxis,* pp. 395-434.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA (2007), *Die Einwirkung der Grundrechte auf das spanische Privatrecht,* en: NEUNER, JÖRG (ed.) Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 119-158.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA (2006), "Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público", en: PÉREZ ROYO, JAVIER/ URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN PABLO/ CARRASCO DURÁN, MANUEL (ed.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los días 3, 4 Y 5 de Diciembre de 2003,* Tomo I, Thomson Aranzadi, pp. 819-842.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA (2006), "Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, pp. 147-189.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA (2000), "Prohibición de discriminación y autonomía privada", en: *Los alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, Casino de Irún, Irún, pp. 97-122.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA (1997), *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid.

BLANCHFLOWER, DAVID G./LEVINE, PHILLIP B./ ZIMMERMAN, DAVID J. (2003), "Discrimination in the Small-Business Credit Market", *The Review of Economics and Statistics 85*, pp. 930–943.

BOESCHE, VERA (2005), "Beweislast im Regierungsentwurf eines Antidiskriminierungsgesetz", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* pp. 264-267.

BRITZ, GABRIELE (2004), "Diskriminierungsschutz und Privatautonomie", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, pp. 355-398.

BROCKMEIER, DIRK (1999), *Punitives damages, multiple damages und deutscher ordre public*, Mohr Siebeck, Tübingen.

BUSCHE, JAN (1999), *Privatautonomie und Kontrahierungszwang,* Mohr Siebeck, Tübingen.

BUSCHE, JAN (2006), „Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen*",* en: LEIBLE, STEFAN/ SCHLACHTER, MONIKA (ed.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier European Law Publishers, München, 159 - 177.

BYDLINSKI, FRANZ (1980), "Zu den dogmatischen Fragen des Kontrahierungszwanges" *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 1-46.

CALLIESS CHRISTIAN/ RUFFERT, MATTHIAS (2002), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Luchterhand, Neuwied.

CANARIS, CLAUS-WILHELM (1984), "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, pp. 201-146.

CANARIS, CLAUS-WILHELM (1999), *Grundrechte und Privatrecht –eine Zwischenbilanz-*, Walter de Gruyter, Berlin, New York.

CANARIS, CLAUS-WILHELM (2000), "Wandlungen des Schuldvertragsrechts- Tendenzen zu seiner Materialisierung", *Archiv für die civilistische Praxis*, pp. 273-364.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL (1991), "El principio de no discriminación por razón de sexo", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 11-12, pp. 9-38.

CERDÀ MARTÍNEZ-PUJALTE, CARMEN M. (2009), "El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España", *Revista de Derecho Privado*, nº 16, pp. 103-146.

COOTER, ROBERT/ULEN, THOMAS (2008), *Law & Economics*, 5th Edition, Pearson International Edition, Boston.

DAMMANN, JENS (2005), *Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht*, Duncker & Humblot, Berlin.

DE PAZ COBO, SONIA/ CARO CARRETERO, RAQUEL/ LÓPEZ ZAFRA, JUAN MANUEL (2010), *El principio de igualdad sexual en el Seguro de Salud. Análisis actuarial de su impacto y alcance,* Cuadernos de la Fundación, Fundación MAPFRE, Madrid.

DE SCHUTTER, OLIVER http://www.era.int/web/en/resources/5_1095_3384_file_en.4884.pdf, p. 8;

DERLEDER, PETER (2007), "Vertragsanbahnung und Vertragsabschluss über Mietwohnungen und die Diskriminierungsverbote des AGG—Realitätsnahe Fallkonstellationen für den Wohnungsmarkt", *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, pp. 625-633.

DIEDERICHSEN, UWE (1998), "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgerichte—in Lehrstück der juristischen Methodenlehre", *Archiv für die civilistische Praxis*, pp. 170-260.

DÍEZ-PICAZO, LUÍS (1991), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 1ª Edición, Ministerio de Justicia, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, LUÍS (2007), *Fundamentos del derecho civil patrimonial*., Volumen I, 6ª Ed., Thomson Civitas, Cizur Menor.

DÍEZ-PICAZO, LUÍS Mª (1996), en: ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978,* Tomo IV: Capítulo IV: De las garantías de las libertades y derechos fundamentales", Lex Nova, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, LUIS Mª (1998), "El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 54, pp. 255-272.

DÍEZ-PICAZO, LUIS Mª (2005), *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Navarra.

DIETLEIN, JOHANNES (2005), *Die Lehre der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin.

DOBBS, DAN B. (1993), *Law of Remedies: damages—equity—restitution,* 2ª Ed., Hornbook Series, Westpublishing CO., St. Paul, Minnesota.

DONOHUE, JOHN J. (2005), "Antidiscrimination Law", en: POLINSKY, A. MITCHELL, SHAVELL, STEVEN (ed.), *Handbook of Law and Economics*, Volume 2, Elsevier, North-Holland, Amsterdam.

DONOHUE, JOHN J. (2005), "The Law and Economics of Antidiscrimination Law", *Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Paper No. 101*, pp. 27-34.

DÜRIG, GÜNTER (1956), "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en: MAUNZ, THEODOR (ed.), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky,* pp. 157-190.

ELGUERO MERINO, JOSÉ Mª (2004), *El contrato de seguro*, Fundación MAPFRE Estudios, Majadahonda (Madrid).

EVAN GOLD, MICHAEL (2004), Disparate Impact Under the Age Discrimination in Employmet Act of 1967", *Berkeley journal of employment & labor law 25*, p.1-86.

FASTRICH, LORENZ (2000), "Gleichbehandlung und Gleichstellung", *Recht der Arbeit,* pp. 65-81.

FERRER RIBA, JOSEP/ SALVADOR CODERCH, PABLO (1997), "Asociaciones, democracia y Drittwirkung" en: SALVADOR CODERCH, PABLO (coord.) FERRER RIBA, JOSEP/ VON MÜNCH, INGO, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada,* Cuadernos Civitas, Madrid.

FERNÁNDEZ CRENDE, ANTONIO (2004) "Seguros de vida y discriminación sexual", *InDret* 4/2004, pp. 1-27.

FLUME, WERNER (1992), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft,* 4º Ed., Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York.

GAIER, REINHARD/ WENDTLAND, HOLGER (2006), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Eine Eiführung in das Zivilrecht"*, C. H. Beck, München.

GALSTER, GEORGE/ CONSTANTINE, PETER (1991), "Discrimination against Female-Headed Households in Rental Housing: Theory and Exploratory Evidence", *Review of Social Economy 49*, pp. 76-100.

GALVES, FRED (1999), "HOUSING AND HOPE SYMPOSIUM: The Discriminatory Impact of Traditional Lending Criteria: An Economic and Moral Critique", *Seton Hall Law Review 29*, pp. 1467-1487.

GARCÍA RUBIO, Mª PAZ (2006), "La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el Derecho de contratos (Análisis del Proyecto de Ley Órganica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE)", *La Ley*, pp. 1657-1667.

GARCÍA RUBIO, Mª PAZ (2007), "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Derecho Privado y Constitución*, pp. 131-166.

GARCÍA RUBIO, Mª PAZ (2008), "De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada", en: GÓMEZ CAMPELO, ESTHER/ VALBUENA GONZÁLEZ, FÉLIX (coord.), *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, Universidad de Burgos, Burgos, pp. 175-190.

GARCÍA TORRES, JESÚS/ JIMÉNEZ BLANCO, ANTONIO (1986), *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*, Editorial Civitas, Madrid.

GARDNER JOHN (1989), "Liberals and Unlawful Discrimination", *Oxford Journal of Legal Studies 9*, pp. 1-22.

GÓMEZ POMAR, FERNANDO (2000), "Daño moral", *InDret 1/2000*, pp. 1-14.

GRAF V. WESTPHALEN, FRIEDRICH (2002), "Einige Überlegungen zum Gesetzesentwurf zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht", *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht*, pp. 283-289.

GROBYS, MARCEL (2006), „Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, pp. 898-904.

GROSS, MARKUS (2004), Diskussionsbeitrag zur Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* p. 409.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA (2008), "La custodia compartida alternativa", *InDret* 2/2008, pp. 1-33.

GUILLÉN ESTANY, MONTSERRAT/ AYUSO GUTIÉRREZ, MERCEDES/ BOLANCÉ LOSILLA, CATALINA/ BERMÚDEZ MORATA, LLUÍS/ MORILLO LÓPEZ, ISABEL/ ALBARRÁN LOZANO, IRENE (2005), *El seguro de automóviles: estado actual y perspectiva de la técnica actuarial*, Fundación MAPFRE Estudios, Majadahonda (Madrid).

HABERMAS, JÜRGEN (1997), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats,* Suhrkamp, 5ª Ed., Frankfurt a. Main.

HANAU, HANS (2004), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht*, Mohr Siebeck, Tübingen.

HART, MELISSA (2004), "Will employment discrimination class action survive?", *Akron Law Review 37*, pp. 813-846.

HEINRICHS, HELMUT (2004), "Diskussionsbeitrag zum Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht", *VersR-Schriften*, p. 147.

HENGE, FRÉDÉRIQUE (2007), "Les tables de mortalité: De la réglementation à la modélisation des risques, un tour d'horizon sur l'actualité et les techniques actuarielles Les dossiers techniques", *Les dossiers technique d'information Optimind*, pp. 1-8.

HILLGRUBER, CHRISTIAN (1991), „Grundrechtsschutz im Vertragsrecht—zugleich: Anmerkung zu BVerfG NJW 1990, 1469", *Archiv für die civilistische Praxis*, pp. 69-86.

HILLGRUBER, CHRISTIAN (1992), *Der Schutz des Menschen vor sich selbst,* Verlag Franz Vahlen, München.

HILLGRUBER, CHRISTIAN (1995), "Abschied der Privatautonomie?", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 6-9.

HILLGRUBER, CHRISTIAN (2002), en: UMBACH, DIETER/ CLEMENS, THOMAS (ed.), *Grundgesetz-Mitarbeiterkommentar und Handbuch,* C. F. Müller Verlag, Heidelberg.

HILLGRUBER, CHRISTIAN (2005), "Anzeige zu Epiney/Abt: Das Recht der Gleichbehandlung von Mann und Frau in der EU. ", *Archiv des öffentlichen Rechts*, pp. 299-302.

HONSELL, HEINRICH, "Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus". Disponible en: http://www.honsell.at/Publikationen, *Festschrift Westermann* pdf.

ILIOPOULUS-STRANGAS, JULIA (2004), Diskussionsbeitrag zur Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* p. 421.

JANSEN, NILS (1999), "The idea of a lost chance", *Oxford Journal of Legal Studies 19*, pp. 271-296.

JARASS, HANS (1989), "Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 857-862.

JESTAEDT, MATTHIAS (2004), "Diskriminierungsschutz und Privatautonomie", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* pp. 300-354.

KEHLEN, DETLEF (2003), "Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht. Zur Auslegung von Art. 13 EG und Art. 4 der Richtlinie 2000/78/EG", Peter Lang, Frankfurt am Main.

KEMPEN, BERNHARD (1994), "Grundrechtsabwägung im Vertragsrecht? — Zugleich: Anmerkung zu den Parabolantennenbeschlüssen des Bundesverfassungsgerichts, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* pp. 499-505.

KILIAN, WOLFGANG (1980), „Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem", *Archiv für die civilistische Praxis*, pp. 47-83.

KOCHER, EVA (2007), "Kommentierung zu § 22 AGG", in SCHIEK, DAGMAR (ed.) *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Ein Kommentar aus*

europäischer Perspektive, Sellier European Law Publishers, München.

KOCHER, EVA (2002), "Vom Diskriminierungsverbot zum „Mainstreaming"- Anforderungen an eine Gleichstellungspolitik für die Privatwirtschaft", *Recht der Arbeit*, pp. 167-173.

KÜHLING, JÜRGEN (2003), "Grundrechte", en: VON BOGDANDY, ARMIN (Ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge,* Springer Verlag, Berlin, pp. 583-630.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS/ SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS/ LUNA SERRANO, AGUSTÍN/ DELGADO ECHEVARRÍA, JESÚS/ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO/ RAMS ALBESA, JOAQUÍN (2005), *Elementos de derecho civil. Parte general. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Volumen III, 3ª Ed., Dykinson, Madrid.

LAMARCA MARQUÈS, ALBERT (2008), *Código Cvil alemán y introducción al código civil,* Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

LARENZ, KARL/ WOLF, MANFRED (2004), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9 ª Ed., C. H. Beck, München.

LARRAURI PIJOAN, ELENA (2008), *Mujeres y sistema penal*, B de F, Montevideo–Buenos Aires.

LARRAURI PIJOAN, ELENA (2007), *Criminología crítica y violencia de género*, Editorial Trota, Madrid.

LEISNER, WALTER (1960), *Grundrechte und Privatrecht*, C. H. Beck, München.

LOHSE, VOLKER (1985), „"Türken ist der Zutritt verboten"—Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1677-1681.

LOOSCHELDER, DIRK (2006), „Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht“, en: LEIBLE, STEFAN/ SCHLACHTER, MONIKA (ed.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 141-158.

LÓPEZ LÓPEZ, JULIA/ CHACARTEGUI JÁVEGA, CONSUELO (2000), “Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo; del principio de igualdad retributiva en el tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el tratado de Amsterdam”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 99, pp. 5-26.

LÓPEZ LÓPEZ, JULIA (2006), “Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad”, en: LÓPEZ LÓPEZ, JULIA (dir.), *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 25-52.

LÓPEZ LÓPEZ, JULIA (2007), “Pensión de jubilación y género; escapando de la “gender blindeness” en materia de seguridad social”, en: LÓPEZ CUMBRE, LOURDES (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, pp. 1489-1499.

LÓPEZ LÓPEZ, JULIA (2007), “Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de “Gender Mainstreaming” y “Empowerment””, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 2, pp. 53-67.

LUNA YERGA, ÁLVARO (2005), “Oportunidades Perdidas. La doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *InDret 2/2005*, pp. 1-18.

MACHADO RUÍZ, Mª DOLORES (2002), "La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: Análisis del Art. 511 CP", Tirant Lo Blanc, Valencia.

MAGER, BIRGIT (2004), Diskussionsbeitrag zur Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* p. 417.

MAHLMANN, MATTHIAS (2002), "Gleichheitsschutz und Privatautonomie — Probleme und Perspektiven der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG gegen Diskriminierung aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft", *Zeitschrift für europarechtlichen Studien,* pp. 407-424.

MASSAGUER, JOSÉ (1999), *Comentario a la ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid.

MATHESON, JOHN H. (1984), "The Equal Credit Opportunity Act: A functional Failure", *Harvard Journal on Legislation 21*, pp. 371-403.

MORILLAS JARILLO, Mª JOSÉ (1992, *El seguro del automóvil: El aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística,* Bosch, Barcelona.

MORRIS, ANDREW J. (1995), **"**On The Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice"**,** *Oxford Journal of Legal Studies 15*, pp. 199-228.

MUÑOZ GARCÍA, ALFREDO (2007), "La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil" en: MONTOYA MELGAR, ALFREDO (dir.)/ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, YOLANDA (coord.), *Igualdad de mujeres y hombres*. *Comentario a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson Civitas, Cizur Menor, pp. 441-494.

NAVAS NAVARRO, SUSANA (2007), "Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y derecho español), *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1620-1639.

NAVAS NAVARRO, SUSANA (2009), "Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)", *Revista crítica de Derecho inmobiliario,* nº 713, pp. 1467-1495.

NETTESHEIM, MARTIN (2004), Diskussionsbeitrag zur Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* p. 410.

NEUNER, JÖRG (2003), "Diskriminierungsschutz durch Privatrecht", *Juristenzeitung*, pp. 57-66.

NEUNER, JÖRG (2006), "Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz", en: LEIBLE, STEFAN/ SCHLACHTER, MONIKA (ed.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier, European Law Publishers, München, pp. 73-91.

NEUNER, JÖRG (2007), "Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht", en: NEUNER, JÖRG (ed.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 159 -176.

NICKEL, RAINER (2001), Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, *Neue Juristische Wochenschrift,* pp. 2668-2672.

NIPPERDEY, HANS CARL (1962), "Grundrechte und Privatrecht", en: NIPPERDEY HANS CARL (ed.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag,* Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin.

PAGER, SEAN (2003), "Strictness vs. Discretion: The European Court of Justice's Variable Vision of Gender

Equality", *American Journal of Comparative Law 51*, pp. 553-610.

PALANDT, OTTO/ HEINRICHS, HELMUT (2008), *Bürgerliches Gesetzbuch, Bearbeitung von Bassenge, Brudermüller, Diederichsen. Edenhofer, Ellenberger, Grünerberg, Heinrichs, Heldrich, Sprau, Weidenkaff*, 67. Aufl., C. H. Beck, München.

PÉREZ LISIC, RODRIGO (2006), "Reflexiones en torno a la igualdad y discriminación: la STC 13/2001 como pretexto", en: PÉREZ ROYO, JAVIER/ URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN PABLO/ CARRASCO DURÁN, MANUEL (ed.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los días 3, 4 Y 5 de Diciembre de 2003,* Tomo I, Thomson Aranzadi, pp. 887-900.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO E. (1991), *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.

PICKER, EDUARD (2003), "Antidiskriminierungsgesetz—der Anfang vom Ende der Privatautonomie?", *Juristenzeitung*, pp. 880-882.

PICKER, EDUARD (2003), "Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?", *Juristenzeitung*, pp. 540-545.

PICKER, EDUARD (2004), „Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht" en: LORENZ, EGON (ed.) *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht"*, pp. 7-115.

PLÖTSCHER, STEFAN (2003*), Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht,* Duncker & Humboldt, Berlin.

PORFIRIO CARPIO, LEOPOLDO JOSÉ (2002), *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid.

PRIETO SANCHÍS, LUÍS (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales,* Editorial Debate, Madrid.

REY MARTÍNEZ, FERNANDO (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid.

REY MARTÍNEZ, FERNANDO (2003), "La prohibición de discriminación racial o étnica en la unión europea y en España. El caso de la minoría gitana.", *Revista de Derecho Político*,nº 57, pp. 63-105.

RIEDEL, OLIVER (2006), "Unisex Tariffs in health insurance", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, pp. 233-244.

RIESENHUBER, KARL /FRANCK, JENS-UWE (2004),"Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht*", Juristenzeitung*, pp. 529-538.

ROBINSON, JUDITH K. (2002), "Race, Gender and Familial Status: Discrimination in one US Mortgage Lending Market " , *Feminist Economics 8*, pp. 63-85.

ROELLECKE, GERD (1996), "Antidiskriminierung auf europäisch", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 3261-3262.

ROSENGARTEN, JOACHIM (1996), „Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht—Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer punitive damages?", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1935-1938.

ROCA TRÍAS, ENCARNA (1988), "Principi d'igualtat i discriminacions per raó de sexe", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, pp. 9-31.

RODRÍGUEZ–PIÑERO, MIGUEL y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª FERNANDA (1986), *Igualdad y Discriminación,* Tecnos, Madrid.

RUFFERT, MATTHIAS (2004), Diskussionsbeitrag zur Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* p. 422.

RUIZ MIGUEL, CARLOS (2001), "Los datos sobre características genéticas: Libertad, intimidad y no discriminación", en: ROMEO CASABONA, CARLOS (dir.), *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 5-68.

SACHS, MICHAEL (2004), Diskussionsbeitrag zur Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* p. 419.

SÄCKER, FRANZ-JÜRGEN (2002), "Vernunft statt Freiheit"— Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner – Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 286-290.

SÄCKER, FRANZ-JÜRGEN (Ed.) (2007), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* Band 1: Allgemeiner Teil, 2.Halbband: Allgemeiner Gleichbehandlungsgesetz, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München.

SAEZ DE JÁUREGUI SANZ, LUÍS MARÍA (2007), "La igualdad efectiva de mujeres y hombres: aspectos relacionados con las tablas actuariales de supervivencia", *Dossier actuarios: La igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, pp. 1-16.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO (2005), "Disposiciones generales" en: SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO (dir.)/ TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO JAVIER/ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS/ TAPIA HERMIDA, ALBERTO JAVIER/ FUENTES CAMACHO, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 3ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor.

SÁNCHEZ DELGADO, EDUARDO/ ÁLVAREZ BELEÑO, MONTSERRAT (2008), "Impacto de la ley de igualdad de género en los seguros de salud", *Trébol*, nº 47, pp. 9-16.

SALVADOR CODERCH, PABLO/ CASTIÑEIRA PALOU, Mª TERESA (1997), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños,* Marcial Pons, Madrid.

SALVADOR CODERCH, PABLO/ RUÍZ GARCÍA, JUAN ANTONIO (2001), "Prevención y derecho de daños", *InDret 2/2001,* pp. 1-9.

SALZWEDEL, JÜRGEN (1964), "Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung", *Festschrift für Hermann Jahrreiss*, pp. 339-353.

SCHACHTSCHNEIDER, KARL ALBRECHT (2004), Diskussionsbeitrag zur Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* p. 418.

SCHIMDT, KARSTEN (2004), "Diskussionsbeitrag zum Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht", *VersR-Schriften*, p. 174.

SCHMIDT-KESSEL, MARTIN (2006), „Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverbote*",* en: LEIBLE, STEFAN/ SCHLACHTER, MONIKA (ed.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 53-71.

SCHMIDT-RÄNSCH, JÜRGEN (2007), „Auswirkungen des Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz auf das Mietrecht", *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, pp. 7-16.

SCHÖBENER, BURKHARD/ STORK, FLORIAN (2004), "Vetragsfreheit und Achtung des Privat- und Familienlebens in Europa – zur Auslegung der Anti-

Diskriminierungsmaßnahmen der Gemeinschaft im Zivilrecht", *Zeitschrift für Europarechtlichen Studien*, pp. 43-82.

SCHWAB, DIETER (2006), "Schranken der Vertragsfreiheit durch die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland", *Deutsche Notar Zeitschrift*, pp. 649-678.

SCHWABE, JÜRGEN (1971), *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr",* München.

SCHIEK, DAGMAR (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

SCHIEK, DAGMAR (2007), "Kommentierung zu § 21 AGG", in SCHIEK, DAGMAR (ed.); *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Sellier European Law Publishers, München.

SCHIEK, DAGMAR/ WADDINGTON, LISA/ BELL, MARK (2007), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford.

SHAVELL, STEVEN (2004), *Foundation of economic analysis of law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

SHELTON, DINAH (2000), *Remedies in international human rights law*, Oxford University Press, Oxford, New York.

STAUDINGER, JULIUS VON (1999) (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse § 611 a*, Berlin.

STEIN, MICHAEL A. / WATERSTONE, MICHAEL E. (2006), "Disability, Disparate Impact and Class action", *Duke Law Journal 861*, pp. 861-922.

STREINZ, RUDOLF (1989), *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht: die Überprüfung grundrechtsbeschränkender deutscher Begründungs- und Vollzugsakte von Europäischem Gemeinschaftsrecht durch das Bundesverfassungsgericht***,** Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

STORK, FLORIAN (2006), *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und Seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht*, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main.

SOLÉ FELIU, JOSEP (2009), El daño moral por infracción contractual: Principios, Modelos y derecho Español*, Indret 1/2009*, pp. 1-42.

TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO JAVIER (2006), *Los seguros de personas* en: OLIVENCIA, MANUEL/ FERNÁNDEZ-NÓVOA, CARLOS, JIMÉNEZ DE PARGA, RAFAEL (dirs.)/ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO (coord.), *Tratado de derecho mercantil*, T. XLVI, Vol. 3º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

THIERY, IVES/ VAN SCHOUBROECK, CAROLINE (2006), Fairness and Equality in Insurance Classification, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, p. 190-211.

THOMAS, GUY (2007), "Novel Perspectives on Risk Classification", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, pp. 105-132.

THÜSING, GREGOR (2007), *Arbeitsrechtlicher Antidiskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, Verlag C. H. Beck, München.

THÜSING, GREGOR/ V. HOFF, KONRAD (2007), "Vertragsschluss als Folgebeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen

Gleichbehandlungsgesetzes", *Neue Juristische Wochenschrift,* pp. 21-26.

TOBLER, CHRISTA (2006), *Remedies and sanctions in EC non-discrimination law*, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities**,** European Union Publications Office, Luxemburg.

UNRUH, PETER (1996), *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humboldt, Berlin.

VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO (1990), "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *Relaciones Laborales*, pp. 277-294.

VENEGAS GRAU, MARIA (2004), *"Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad",* Marcial Pons, Barcelona.

VON MÜNCH, INGO (1999), "Antidiskriminierungsgesetz – notwendig oder überflüssig"*, Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 260-262.

WAGNER, GERHARD/ POTSCH, NICOLAS (2006), „Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem AGG", *Juristenzeitung*, pp. 1085-100.

WAGNER, GERHARD (2006), „Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht—Anmaßung oder legitime Aufgabe?", *Archiv für die civilistische Praxis,* pp. 353-476.

WAGNER, GERHARD (2000), „Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, pp. 200-28.

WAGNER, GERHARD (2004), (2004), “Diskussionsbeitrag zum Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht”, *VersR-Schriften*, p. 161.

WANDT, MANFRED *(*2004*),* “Diskriminierung und Versicherung” en: LORENZ, EGON (ed.), *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht“*, pp. 125-141.

WIEDEMANN, HERBERT/ THÜSING, GREGOR (2002), "Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes", *Der Betrieb*, pp. 463-470.

WRASE, MICHAEL/ BAER, SUSANNE (2004), “Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung—ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?”, *Neue Juritische Wochenschrift*, pp. 1623-627.

ZÖLLNER, WOLFGANG (1996), „Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht“, *Archiv für die civilistische Praxis*, pp. 1-36.

H. TABLA DE SENTENCIAS CITADAS

I. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Fecha	Referencia	Asunto
15.7.1964	As. 6/64	*Costa/Enel*
7.12.1970	As. 11/70	*Internationale Handelsgeseschaft*
8.4.1976	As. 43/75	*Defrenne*
8.3.1978	As. 106/77	*Simmenthal II*
31.3.1981	As. 96/80	*Jenkins c. Kingsgate*
10.4.1984	As. 14/83	*Colson/Kamman c. Land Nordrhein-Westfallen*
13.5.1986	As. 170/84	*Kaufhaus GmbH c. Weber von Hartz*
17.10.1989	As. 109/88	*Danfoss (Handels– og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark c. "Dansk Arbejdsgiverforening"*
8.11.1990	As. 177/88	*Dekker c. Stiching Vormingscentrum voor Jong Volwassenen*
23.5.1996	As. 237/94	*O'Flynn c. Adjudication Officer*
17.6.1996	As. 243/95	*Hill & Stapleton c. The Revenue Commissioners*
22.4.1997	As. 180/95	*Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG*
9.2.1999	As. 167/97	*Seymour-Smith y Pérez*
26.9.2000	As. 322/98	*Kachelmann c. Bankhaus Hermann Lampe KG*
3.10. 2006	As. 17/05	*Cadman c. Health & Safety Executive*
10.7.2008	As. 54/07	*Centrum loor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding c. Firma Feryn NV.*
17.7.2008	As. 303/06	*Coleman c. Attridge Law*

II. Jurisprudencia española

1. Tribunal Constitucional

Sala y fecha	*Ar.*	*Magistrado Ponente*
1ª, 1.7.1991	RTC 1991\145	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
1ª, 7.6.1994	RTC 1994\173	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo- Ferrer
1ª, 28.2.1994	RTC 1994\58	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
1ª, 24.7.2000	RTC 2000\203	María Emilia Casas Baamonde
2ª, 30.10.2000	RTC 2000\250	Vicente Conde Martín de Hijas
2ª, 29.1.2001	RTC 2001/13	Guillermo Jiménez Sánchez
1ª, 11.2.2002	RTC 2002\29	Javier Delgado Barrio
Pleno, 22.12.2004	RTC 2004\253	Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
1ª, 27.3.2007	RTC 2007\200	Pablo Pérez Tremps

2. Tribunal Supremo

Sala y fecha	*Ar.*	*Magistrado Ponente*
2ª, 29.9.1998	RJ 1998/6467	José Jiménez Villarejo
1,ª 4.5.2008	RJ 2008\2937	Encarna Roca Trías
1ª, 29.4.2008	RJ 2008\1989	Antonio Gullón Ballesteros
1ª, 15.12.2005	RJ 2005\10154	Clemente Auger Liñán
1ª, 21.12.2005	RJ 2006\284	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
4ª, 4.5.2000	RJ 2000\4266	Arturo Fernández López
4ª, 21.5.2001	EDJ 2001/11764	Roberto García-Calvo y Montiel

3. Tribunales Superiores de Justicia

Sala y fecha	*Ar.*	*Magistrado Ponente*
Cataluña	AS\1997\2209	José de Quintana Pellicer

7.5.1997		
Canarias 13.6.1997	RJCA\1997\2105	José Joaquín Díaz de Aguilar y Elizaga
Catalunya 8.3.1999	RJCA 1999\2552	José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Canarias 8.9.2006	AS\2007\156	Antonio Doreste Armas
Madrid 31.10.2006	AS\2007\270	Manuel Ruíz Pontones
Madrid 21.7.2008	AS 2008\2475	Moreno González Aller
Madrid 8.10.2008	AS\2009\276	Virginia García Alarcón
Canarias 22.12.2008	AS\2009\310	Mª Jesús García Hernández

4. Audiencias Provinciales

Sala y fecha	*Ar.*	*Magistrado Ponente*
Castellón 2.3.2002	ARP 2002/352	José Luís Antón Blanco
Madrid 12.7.2002	JUR\2002\278854	Adoración María Riera Ocáriz
Sevilla 9.1.2004	JUR 2004\68791	José Manuel de Paúl Velasco
Madrid 6.5.2009	La Ley 184040/200	Lorenzo Pérez San Francisco
La Coruña 15.5.2009	AC\2009\1087	Rafael Jesús Fernández-Porto García

5. Juzgados de lo Social

Sala y fecha	*Ar.*	*Magistrado Ponente*
nº 4 Zaragoza 11.9.2008	AS 2008\2009	Mariano Fustero Galve

6. Juzgados de lo Contencioso administrativo

Sala y fecha	*Ar.*	*Magistrado Ponente*

nº 1 Granada 25.4.2001	RJCA\2001\338	Immaculada Montalbán Huertas

III. Jurisprudencia alemana

1. Tribunal Constitucional Federal *(Bundesverfassungsgericht)*

Fecha	*Referencia*
29.5.1974	BVerfGE 37, 271
22.10.1986	BVerfGE 73, 339
7.2.1990	BVerfGE 81, 242
12.10.1993	BVerfGE 89, 155
19.10.1993	BVerfGE 89, 214
15.12.1999	NJW 2000, 1021
7.6.2000	BVerfGE 102, 147
30.7.2003	NJW 2003, 2816
30.6.2009	BVerfG, 2 BvE 2/08

2. Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof)*

Fecha	*Referencia*
4.6.1992	NJW 1992, 3096
5.12.1995	NJW 1995, 861

3. Tribunal Laboral Federal (*Bundesarbeitsgericht)*

Fecha	*Referencia*

14.3.1989	NJW 1990, 67
26.1.2005	BeckRS 2005, 30349659
15.2.2005	BeckRS 2005 41903
10.10.2005	NJW 2003, 1685
18.10.2005	BeckRS 2006 41355

4. Tribunales Superiores Territoriales (Oberlandesgerichte)

Tribunal y fecha	*Referencia*
BayObLG 7.3.1983	NJW 1983, 2040
Frankfurt, 8.1.1985	NJW 1985, 1720
OLG Stuttgart 18.12.2007	BeckRS 2008, 688
Aachen 17.3.2009	BeckRS 2009, 08781

5. Tribunales Territoriales (*Landgerichte)*

Tribunal y fecha	*Referencia*
Rottweil 30.12.1988	NJW-RR 1989, 536
Aachen 17.3.2009	BeckRS 2009, 08781

6. Tribunales de 1ª Instancia (*Amtsgerichte*)

Tribunal y fecha	*Referencia*
Mannheim 6.6.2008	BeckRS 2008 18133
Oldenburg 23.7.2008	BeckRS 2008, 21531

7. Tribunales Administrativos (*Verwaltungsgerichte*)

Tribunal y fecha	*Referencia*
Mainz, 21.1.2009	BeckRS 2009, 31316

IV. Jurisprudencia estadounidense

1. Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos (*U.S. Supreme Court*)

Fecha	*Asunto*	*Referencia*
8.3.1971	*Griggs v. Duke Power Co.*	401 U.S. 424
27.6.1977	*Dothard v. Rawlinson*	433 U.S. 321
25.4.1978	*City of Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart*	435 US 702
21.6.1982	*Connecticut v. Teal*	457 U.S. 440
5.6.1989	*Antonio v. Wards Cove Packing Co.*	490 U.S. 642
22.6.1999	*Kolstad v. American Dental Association*	527 U.S. 526
29.6.2009	*Ricci v. Destefano*	557 U.S_

2. Tribunales de Apelación de los Estados Unidos (U.S. Appeal Court)

Tribunal y fecha	*Asunto*	*Referencia*
9th Cir., 4.5.1982	*Miller v. American Express Company*	688 F.2d 123
5º Dis. 22.7.2002	*Coleman v. General Motors Acceptance Corporation*	296 F3d 443

3. Tribunales del Distrito de los Estados Unidos *(U.S. District Court)*

Tribunal y fecha	*Asunto*	*Referencia*
Northern District of Georgia 11.6.1980	*Cherry v. Amoco Oil Company*	490 F. Supp. 1026

California Southern District Court, 19.9.2008	*Taylor v. Accredited Home Lenders*	580 F.Supp.2d 1062