

La protección contra la discriminación mediante el derecho privado

Recensión a Stefan LEIBLE y Monika SCHLACHTER (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier-European Law Publishers, München, 2006, 210 páginas, 59 euros

Francisco J. Infante Ruiz

Facultad de Derecho
Universidad Pablo de Olavide

Abstract*

*La necesidad de la protección contra la discriminación se ha instaurado muy intensamente en el reciente derecho comunitario. En este sentido, los diversos Estados, de una manera u otra, han comenzado a incorporar en sus ordenamientos el “principio de no-discriminación”. Este principio no sólo se extiende a las relaciones laborales o de empleo, sino que también se prevé que se aplique a las relaciones contractuales (acceso y puesta a disposición de bienes y servicios). En el derecho alemán las directivas comunitarias “antidiscriminación” han acabado pasando a su derecho, después de un polémico debate, a través de una ley general que incluye una diversidad de campos y materias (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*). En este trabajo se presenta esta discusión con el fin de poner en su contexto concreto un reciente libro [*Diskriminierungsschutz durch Privatrecht* (Munich, 2006), coordinado por los profesores LEIBLE y SCHLACHTER], que vio la luz unos meses antes de la mencionada ley, dirigido al análisis exhaustivo e interdisciplinario de las repercusiones de la inserción del principio de no-discriminación en el derecho privado, especialmente, sus fricciones con los principios liberales de autonomía privada y libertad contractual.*

*The demands for protection against discrimination have set up very intensively in the recent EU Law. In this sense, the different Member States, each one its own way, have begun to incorporate the “non-discrimination principle” into their legal systems. This principle extends not only to work or employment relationships, but shall also be applied to contractual relationships (access and disposal of goods and services). In Germany, the anti-discrimination directives have been implemented into domestic law, after a controversial debate, through a general act covering a wide range of issues (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*). This paper introduces this discussion with the goal of framing a recently published book [*Diskriminierungsschutz durch Privatrecht* (Munich, 2006), edited by professors LEIBLE and SCHLACHTER] in its context. This book was published a few months before the mentioned act, and is aimed at analyzing, exhaustively and from an interdisciplinary perspective, the repercussions of the insertion of the non-discrimination principle into private law, especially, its frictions with the liberal principles of private autonomy and contractual freedom.*

Title: Protection against Discrimination through Private Law. A Book Review of the Book *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*

Keywords: non-discrimination rule; fundamental rights and private law; German Act on equal treatment; European principles on non-discrimination

Palabras clave: prohibición de discriminación; derechos fundamentales y derecho privado; Ley alemana de igualdad de trato; Principios europeos de no discriminación

Sumario

1. Introducción
2. El contexto europeo de la protección contra la discriminación y la Ley alemana general de igualdad de trato (AGG)
3. Horizonte, origen, estructura y aportaciones del libro
 - 3.1 Parte general
 - 3.2 Parte especial
4. Más allá del libro: la inducción mediante el derecho comunitario existente de la “no-discriminación” como principio general del derecho de la Unión
5. Conclusiones

1. Introducción

La preocupación política y legal por la lucha contra las situaciones de discriminación de los grupos, razas y personas no es nueva. Se instauró vivamente en las *Magna Carta* de todos los Estados tras la Segunda Guerra Mundial, tanto en preceptos generales en los que se proclama y garantiza la igualdad de todos en y ante la ley como en preceptos específicos en los que se proclama y garantiza la igualdad de hombres y mujeres (en el matrimonio, en la familia y en el trabajo y protección integral de la infancia y las mujeres), así como los que declaran la “igualdad material” conminando a los poderes públicos a hacerla “real y efectiva”. Muy lejos quedan ya las primeras “leyes antidiscriminación”, especialmente las que tenían su razón de ser en la protección de la mujer en el ámbito del trabajo [por ejemplo, limitación de la jornada de las niñas y mujeres, prohibición del trabajo en las minas, la “Ley de la Silla” que obligaba a cada establecimiento no fabril a tener una silla para cada empleada, etc.; más detalles en A. MONTOYA MELGAR, “Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 129 (2006), pp. 9 ss.]. Una vez proclamada la “igualdad formal”, los Estados abordaron una diversidad de políticas de realización efectiva de la igualdad en determinados sectores (ejemplos paradigmáticos son las políticas estatales de igualdad de oportunidades y derechos de hombres y mujeres). La idea penetró igualmente en las instituciones comunitarias en las que la lucha contra la discriminación en todos los ámbitos se ha vertebrado en torno a las acciones dirigidas a la igualdad de oportunidades y derechos (igualdad entre hombres y mujeres), la lucha contra la discriminación por razón de raza, religión, creencias u orientación sexual y contra la exclusión social y laboral de los grupos de población más desfavorecidos (antidiscriminación en general) y el desarrollo de una amplia gama de medidas específicas para la integración laboral y social de personas con discapacidad (antidiscriminación sectorial).

No obstante, casi al final de la primera década del siglo XXI, todavía no se ha logrado la igualdad completa de oportunidades de hombres y mujeres, destruido las situaciones de discriminación y eliminado todas las barreras de exclusión social.

Así, por ejemplo, las mujeres de Europa aún ganan por término medio una cuarta parte menos que los hombres, sus situaciones de empleo son más precarias y tienen menos posibilidades de acceder a los puestos más altos en las diversas profesiones. Si en 1975 la reducción de las diferencias entre ambos sexos alcanzaba una media del 54% en Europa, y en 2005 un 80%, las previsiones estadísticas vaticinan una media del 89% en el año 2015, todavía lejos de la plena igualdad (cf. “La política social de empleo en Europa: una política para el ciudadano”, en: http://europa.eu/pol/socio/index_es.htm).

Todo ello en el ámbito de lo público (en sentido amplio). ¿Y en el derecho privado? Un principio general de igualdad de trato en el derecho civil no existe. Si un librero decide poner los precios más altos a los profesores universitarios o simplemente excluirles de la contratación, en principio, la conducta no provocará la reacción del ordenamiento jurídico. ¿Y si es el único librero que proporciona los libros de física cuántica en toda la ciudad? ¿Hay supuestos, pues, en la contratación privada, en los que la conducta de un contratante puede ser contraria al principio de igualdad, a pesar del principio de autonomía de la voluntad? ¿Hasta dónde llega el principio de la libertad contractual frente al de igualdad de trato? ¿Puede la formulación del principio de

prohibición contra la discriminación del derecho del trabajo suministrar algún modelo para el derecho privado general? ¿En el acceso y suministro de bienes y servicios cuándo hay discriminación por motivos de raza, origen étnico o sexo, si el principio de libertad contractual permite contratar o no contratar con quien se quiera? En otras palabras: ¿puede un empresario dejar de suministrar bienes (o contratar) a las personas de un determinado color, o a las mujeres? Y, en los contratos de seguros, ¿dónde se encuentra la frontera entre la discriminación “actuarial” basada en razones estadísticas y la discriminación ilegítima por cualquiera de estas razones?

El tema de la tutela contra la discriminación a través del derecho privado ha sido durante largo tiempo un desconocido para la ciencia del derecho civil, salvo cuando la actuación del sujeto privado suponía la vulneración de alguno o algunos de los derechos fundamentales de otro, bajo cuyos supuestos de hecho se ha desarrollado toda la doctrina constitucional de la *Drittwirkung der Grundrechten* (“eficacia horizontal de los derechos fundamentales”). No obstante, como consecuencia de la preocupación del legislador comunitario (“Directivas antidiscriminación”), que intenta abarcar a todos los ámbitos, en los últimos años se está despertando un notable interés por el tema entre los juristas del derecho privado.

En este contexto el libro coordinado por Stefan LEIBLE (catedrático de derecho civil, derecho internacional privado y derecho comparado en la Universidad de Bayreuth) y Monika SCHLACHTER (catedrática de derecho civil, derecho del trabajo y derecho comparado en la Universidad de Regensburg, y miembro de la Comisión europea de derecho social del Consejo Europeo), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht* (Munich, 2006), editado por la prestigiosa casa Sellier (European Law Publishers) en su conocida serie *Grundlagen Schriften zum Gemeinschaftsprivatrecht*, representa una indudable aportación de varios autores alemanes con el fin de responder a estas cuestiones y diseñar las líneas metódicas a través de las cuales se mueve la protección contra la discriminación mediante las técnicas del derecho privado.

2. El contexto europeo de la protección contra la discriminación y la Ley alemana general de igualdad de trato (AGG)

(i) Desde 1975 la Comunidad Europea ha elaborado varias directivas contra la discriminación por razón de sexo, mientras que el Tribunal de Justicia de las Comunidades, por su parte, ha resuelto un gran número de juicios relativos a casos de discriminación sexual.

Por ejemplo, entre muchas otras, STJCE de 13 de julio de 1995, Asunto 116/94, “A Meyers”, donde se consideró contrario a la [Directiva 1976/207/CE](#) el establecimiento de una ayuda familiar complementaria no aplicable a las unidades familiares monoparentales, por cuanto constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que estas familias están integradas mayoritariamente por mujeres con hijos a su cargo.

La Comisión Europea suele referirse a la discriminación sexual con la expresión “discriminación por razón de género” (*gender discrimination*) y la trata separadamente de otras formas de discriminación, tales como las previstas en la Directiva sobre “igualdad racial” y la “Directiva

marco sobre empleo". Téngase en cuenta, además, que en lo relativo a la no-discriminación, el objetivo concreto del artículo 12 (antiguo artículo 6) del Tratado de la Comunidad Europea es el de evitar cualquier discriminación por razón de la nacionalidad de los ciudadanos, pero este precepto no ha sido suficiente para proporcionar una herramienta eficaz en la lucha contra las discriminaciones. Como es bien sabido, ningún fundamento jurídico ha permitido a la Unión realizar acciones más amplias contra todas las formas de discriminación que pudieran sufrir personas que vivan en su territorio.

El panorama ha cambiado significativamente a partir del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997.

El nuevo art. 13 del Tratado Constitutivo dice ahora: "[S]in perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas por el mismo a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual».

En la Conferencia Intergubernamental de Niza de diciembre de 2000, los Estados miembros decidieron añadir un segundo apartado al artículo 13 del Tratado CE. Cuando entre en vigor, el Consejo podrá adoptar, de acuerdo con el procedimiento del artículo 251 del Tratado CE, medidas comunitarias de estímulo para apoyar las acciones de los Estados miembros destinadas a combatir todo tipo de discriminación.

Gracias a esta nuevo precepto, la Comisión presentó en noviembre de 1999 una comunicación global contra las discriminaciones acompañadas de tres propuestas legislativas para luchar contra toda discriminación basada en la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual [[COM \(1999\) 564 final](#), no publicado en el Diario Oficial]. Esta es la razón por la que, finalmente, la Unión Europea pudo promulgar dos directivas dirigidas, respectivamente, a proteger a las personas en el seno de la Unión contra la discriminación por razones de raza u origen étnico (conocida, esta primera, en el ambiente comunitario como "Directiva de igualdad racial") y por motivos de religión o creencias, edad u orientación sexual (también conocida como "Directiva marco de igualdad en el empleo"). Ambas directivas definen un conjunto de principios que ofrecen al ciudadano un mínimo nivel de protección legal en la Unión Europea frente a las actuaciones discriminatorias. Las dos Directivas, junto con la Decisión por la que se aprueba un Programa Comunitario de lucha contra la discriminación, permiten a las víctimas de discriminación hacer prevalecer su derecho de una manera más fácil a como venía siendo hasta ahora.

- La primera [Directiva \(2000/43/CE\)](#), del Parlamento y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racional o étnico, prohíbe toda forma de discriminación en materia de empleo (DOCE, nº 180, 19.07.2000, 022-0026). Los ámbitos afectados son: el acceso a un empleo o a una profesión, la promoción, la formación profesional, las condiciones de empleo y trabajo, así como la afiliación a algunos organismos.
- La segunda ([2000/78/CE](#)), del Consejo, en virtud de la cual se fija un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la educación (DOCE, nº 303, 02.12.2000, 0016-0022), prohíbe toda discriminación

basada en el origen racial o étnico de las personas en ámbitos más amplios (empleo, educación, acceso a los bienes y servicios, protección y seguridad social, cultura, etc.) y proporciona una protección jurídica a las víctimas de la discriminación. Asimismo, suministra una definición común de la discriminación ilícita de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia.

- La [Decisión](#) permite establecer en un período de seis años (2001-2006) un Programa Comunitario para apoyar a los Estados miembros en el desarrollo de políticas contra la discriminación mediante el intercambio de informaciones y buenas prácticas en materia legislativa y no legislativa. El objetivo es conocer más profundamente los problemas existentes en cada Estado y sensibilizar mejor a los protagonistas que pueden luchar contra las discriminaciones en Europa.

Especialmente relevante, desde el punto de vista normativo, es que estas directivas ofrecen definiciones concretas de la discriminación directa e indirecta y del acoso (inclusive, el sexual). También admiten algunas excepciones al principio de igualdad de trato en un número limitado de circunstancias en que se consideran legítimas.

Posteriormente, han venido a sumarse dos nuevas directivas, que en sus diferentes ámbitos persiguen el mismo fin de luchar contra la discriminación, y una Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en virtud de la cual se diseña una “estrategia marco” contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos.

- [Directiva 2002/73/CE](#), de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la [Directiva 76/207/CE](#) del Consejo 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 (DOCE, L 269, 05.10.2002, 0015-0020). En esta Directiva, prosiguiendo con la línea emprendida en las anteriores directivas de empleo, se introduce, entre otras cosas, el “principio de igualdad de trato” considerado como la ausencia de toda discriminación por razón de sexo. Con esta finalidad, asimismo, se introducen las definiciones de discriminación directa e indirecta, acoso y acoso sexual.
- [Directiva 2004/113/CE](#), 2004, de 13 de diciembre de 2004 del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro (DOCE L 373, 21.12.2004, 0037-0043). Esta directiva extiende la aplicación del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres a toda la contratación privada y contiene definiciones concretas de los conceptos de discriminación directa e indirecta, así como de acoso y acoso sexual.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 de junio de 2005, en la que se establece una “Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos” [[COM \(2005\) 224](#), no publicada en el Diario Oficial]. En esta Comunicación la Comisión manifiesta su deseo de apoyar las medidas de acompañamiento (divulgación de información, sensibilización, intercambio de experiencias, formación, acceso a la justicia, etc.) destinadas a garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivo de la legislación contra la discriminación a través del programa de acción comunitaria de lucha contra la discriminación y, a partir del 1 de enero de 2007, a través del programa PROGRESS (programa comunitario de fomento del empleo y la solidaridad social).

En resumen, el “derecho antidiscriminación” de la Unión Europea se diseña en torno a cuatro directivas: por un lado, las dos directivas de empleo de 2000 (“Directiva marco para la igualdad de trato en el empleo”) y 2002 (“Directiva de reforma” relativa a la igualdad de hombres y mujeres) con alcance y repercusión en el derecho del trabajo y, por otro, las dos directivas generales de 2000 (“Directiva de igualdad racial”) y 2004 (“Directiva de igualdad de trato de hombres y mujeres en la contratación de bienes y servicios”) con repercusiones en el derecho civil.

En el plano sistemático, con independencia de los plazos para la transposición de las directivas y la elección normativa de cada Estado miembro para darles cumplimiento, la cuestión relativa a si tales principios deben *integrarse* (o *incardinarse*) en el derecho privado pertenece al debate político y legal de cada país y a la calidad técnica a la hora de hacer las leyes.

(ii) El interesante debate sobre la incorporación de las directivas antidiscriminación ha sido muy vivo en Alemania, lo está siendo en otros países y seguramente lo será –si nos proponemos hacer bien las cosas- en el nuestro. La integración de las directivas comunitarias en el derecho alemán se ha realizado mediante la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, de 14 de agosto de 2006 (BGBl. I, 1897), en vigor desde el 18 de agosto de 2006, modificada por el artículo 8 de la Ley de 2 de diciembre de 2006 (BGBl. I, 2742) y, muy recientemente, por la Ley de 12 de diciembre de 2007 (BGBl. I, 2742). La historia legislativa de la AGG ha sido bastante controvertida. De esta ley ya se ha informado ampliamente en esta misma revista por AGUILERA RULL y realizado un estudio crítico y comparativo con el proyecto de Ley española para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [*InDret* (1/2007), www.indret.com]. En este trabajo, por razones materiales, no podemos dar cuenta ni del debate doctrinal ni del articulado de la ley. La finalidad principal de la ley alemana es impedir o eliminar cualquier desventaja por razón de raza, origen étnico, sexo, religión o creencias, discapacidad, edad o identidad sexual. El ámbito de la ley, como su propio nombre indica, es general, por cuanto se aplica tanto a las cuestiones relativas al empleo, la ocupación y la formación en el trabajo como a las prestaciones del sistema público de la Seguridad Social alemana y la educación, así como a la contratación de bienes y servicios, incluido el acceso a la vivienda.

Más en concreto, el § 2 (1) AGG, relativo a su ámbito de aplicación, establece:

“Las discriminaciones causadas por alguna de las razones mencionadas en el § 1 serán inadmisibles de acuerdo con la presente ley por cuanto se refiere a:

1. las condiciones, incluso los criterios de selección y las condiciones de contratación, para el acceso a actividades productivas de carácter independiente y dependiente, sin tener en cuenta el ámbito de actividad y la posición profesional, así como el ascenso profesional,
2. las condiciones de empleo y de trabajo, incluso la remuneración por el trabajo realizado y las condiciones de despido, en particular en caso de acuerdos individuales y colectivos y medidas en los procedimientos y la conclusión de una relación de carácter ocupacional así como el ascenso profesional,
3. el acceso a todas las formas y niveles de asesoría profesional y de la educación profesional, incluso la formación, la especialización y la readaptación profesionales, así como la experiencia profesional práctica,
4. el asociacionismo y participación en asociaciones de ocupados o trabajadores o en una sociedad cuyos miembros formen parte de un grupo profesional específico, incluyendo la utilización de los servicios de dichas asociaciones,

5. la protección social, inclusive la seguridad social y los servicios sanitarios,
6. las ventajas sociales,
7. la educación,
8. el acceso y el suministro a los bienes y servicios que se encuentren a disposición del público, incluso la vivienda”.

Entre otros trabajos pueden consultarse F.-J. DÜWELL (2007), “Das AGG – Die arbeitsrechtliche Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien”, en [www.deubner-recht.de/mediadb/27884/43000/LP_570DL.pdf]; A. MASSELOT (2007), “The State of Gender Equality Law in the European Union”, *European Law Journal*, Vol. 13 (2/2007), pp. 152-168 [<http://www.blackwell-synergy.com/doi/abs/10.1111/j.1468-0386.2007.00360.x>]. Y antes de la ley, por todos, E. PICKER (2003), “Anti-discrimination as a Program of Private Law?”, *4 German Law Journal No. 8* (1 August 2003).

(iii) La incorporación de las directivas al derecho español hasta ahora es parcial. Se ha cumplido en parte con el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres a través de la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#), una ley transversal que abarca, de acuerdo con las tendencias europeas (al estilo *gender mainstreaming*), todos los sectores del ordenamiento jurídico. Pero no es el momento de tratar este tema, sino que creemos conveniente, primeramente, presentar los temas centrales que se discuten actualmente en la doctrina alemana en torno al “principio de no-discriminación” (de lo que es una buena muestra el libro que presentamos) y, luego, dar cuenta, siquiera brevemente, de la evolución del “principio de no-discriminación” en el derecho privado europeo en ciernes.

Para aquel propósito, véanse los siguientes artículos: M. PAZ GARCÍA RUBIO, “La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos: análisis del Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE”, *Diario La Ley* 6602 (2006), pp. 1-5; A. AGUILERA RULL (2007), “Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, en *InDret* (1/2007) [www.indret.com]; R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (2007), “La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* (1/2007), pp. 264-289. Para el comentario de los artículos de la ley, A. MONTOYA MELGAR/Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2007), *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la ley orgánica 3/2007*, Civitas, Madrid.

3. Horizonte, origen, estructura y aportaciones del libro

(i) El significado trascendental de la autonomía privada y de la libertad contractual, principios fundamentales del derecho privado como es archiconocido, y la garantía legal e institucional de aquellas, son vectores estructurales que han de tenerse en cuenta a la hora de incorporar los principios “antidiscriminación” en el derecho privado. Este es el horizonte filosófico e intelectual de cada aportación de este libro y resplandece –aunque en él no se diga expresamente– en cada una de sus páginas. En otras palabras, cada autor no pierde de vista los problemas jurídicos y las cuestiones conexas que se presentan en las fricciones y colisiones entre el *sagrado* (ahora no tanto) principio de libertad contractual y el nuevo “principio de prohibición de la discriminación en el derecho privado” (por llamarlo de algún modo). Aviso para navegantes y legisladores

descuidados y enseñanza para los juristas de la ciencia del derecho privado de cualquier lugar de la Europa común, porque evidentemente estas mismas cuestiones se presentarán en cualquiera de los sistemas de derecho privado de los países comunitarios, asentados todos ellos sobre los mismos principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual.

(ii) El libro que recensamos es un “libro de conferencias” de carácter científico. En él se recogen cada una de las conferencias, sistematizadas y rescritas, de los profesores que participaron en las “Jornadas sobre protección contra la discriminación a través del derecho privado” que tuvieron lugar en Jena los días 17 y 18 de julio de 2005 con motivo del apasionado debate sobre la incorporación al derecho alemán de las directivas antidiscriminación citadas. Entretanto, el proyecto de “Ley de protección frente a la discriminación”, *Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung* (*Antidiskriminierungsgesetz - ADG*), recibió una enmienda a la totalidad en la Cámara Alta (*Bundesrat*) y acabó por ser rechazado en su vuelta al Parlamento alemán (*Bundestag*). En consecuencia, se prefirió dejar para la actual legislatura alemana la incorporación de las directivas antidiscriminación. Originariamente, en estas conferencias iban a participar un diputado socialista y otro del partido de los verdes, quienes eran los responsables del “Proyecto de Ley para la incorporación de las directivas europeas antidiscriminación”. Sin embargo, la participación de estos diputados fue suspendida en el último momento porque ya en la fecha de las Jornadas el Proyecto se hallaba en su tercera lectura en el Parlamento alemán.

(iii) Hay dos partes bien definidas en el libro, una general y otra especial. La parte general comienza con la discusión acerca de las competencias de la Unión Europea en orden a la instauración de un principio general de igualdad de trato en el seno del derecho privado. Esta aportación viene a sustituir las conferencias frustradas que se acaban de relatar y, francamente, gracias a su alta calidad, nos parece que el libro ha ganado bastante hondura científica en su conjunto. En segundo lugar, se aborda el análisis económico de las “normas antidiscriminación”, por cuanto cumplen –según se dice– en primera instancia una función disuasoria, es decir, tienen efectos preventivos y, en consecuencia, deben coadyuvar a evitar las discriminaciones. En tercer lugar, se analiza la experiencia de otros países, como la República de Irlanda y Gran Bretaña, y también los EE.UU., en los que ya hace tiempo se han instaurado similares –aunque con contenido y motivos diferentes– leyes de lucha contra la discriminación. La parte general se cierra con un gran debate científico relativo a las relaciones entre la libertad contractual y el principio general de igualdad de trato (recuérdese: el horizonte filosófico e intelectual de la obra). La parte especial inicia con un estudio de las directivas antidiscriminación relativas al empleo y la ocupación, por cuanto se considera que el derecho del trabajo, al menos parcialmente, puede servir en este punto como modelo para el derecho civil, ya que la jurisprudencia y la doctrina laboral han trabajado y discutido muy intensamente sobre el tema de la antidiscriminación. Luego, se estudia la prohibición de la discriminación por motivos de origen racial o étnico en la contratación de bienes y servicios; después, la prohibición de la discriminación sexual en los contratos de seguros privados; y, finalmente, la realización efectiva y las sanciones por las lesiones producidas como consecuencia de la infracción de la prohibición de la discriminación. Finalmente, se recogen tres anexos legales en los que se incluyen la Directiva 2000/43/CE (“Directiva de igualdad racial”), la Directiva 2004/113/CE (“Directiva de igualdad de trato en la

contratación de bienes y servicios”) y la “Ley para la protección frente a la discriminación” (*Antidiskriminierungsgesetz* - ADG), ahora con el nombre “Ley general de igualdad de trato” (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* - AGG).

(iv) A continuación comentaremos, muy brevemente, las aportaciones del libro.

3.1. Parte general

El primer ensayo está a cargo de Rudolf STREINZ y lleva por título “Las competencias de la UE para la realización del principio de igualdad de trato en el derecho civil” (*Die Kompetenzen der EG zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht*). En este estudio el autor diserta, en primer lugar, acerca de la prohibición contra la discriminación en el derecho comunitario, tanto en el derecho primario como en su materialización en el derecho secundario; en segundo lugar, se plantea el nivel de las normas generales relativas al ejercicio de las competencias y, finalmente, concluye con un fino análisis de sus repercusiones en el derecho civil. En relación con esto último el autor pone de relieve las dificultades de incorporar o insertar las directivas antidiscriminación con carácter general en el derecho civil, donde una ingerencia significativa en la autonomía privada –ciertamente motivada por una legitimación segura, pero también necesitada de una diferenciación en numerosos campos- se siente como un “cuerpo extraño” (*Fremdkörper*).

La segunda aportación, de Kristian KIRCHNER, procede a un análisis económico en relación con determinados supuestos contractuales o “constelaciones de casos” a través de diferentes perspectivas económicas, y lleva por título “La protección contra la discriminación en el derecho civil: una aproximación económica” (*Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz: ein ökonomischer Ansatz*). Se toman en consideración dos modelos de casos, en los que en verdad la oferta realizada o el daño contractual provocado se diferencian en relación con hipotéticos contratantes considerados en abstracto, no en relación con la cualidad o condición de la persona, como por ejemplo, el tener la piel de un determinado color o el pertenecer a un etnia concreta, o el ser mujer u hombre a la hora de contratar un seguro privado, los principales motivos –como se sabe- de la actuación comunitaria frente a la discriminación. Por lo tanto, la elección de la parte contractual en los casos planteados, así como la discriminación de un potencial contratante frente a otro, puede obedecer a multitud de factores que no se evidencian en los mismos. Se nos antoja una observación: las conclusiones económicas alcanzadas en torno a la discriminación de los contratantes formulan hipótesis abstractas y, en consecuencia, las verdades son parciales. En relación con estos supuestos, el autor estudia las limitaciones o restricciones a la libertad contractual que provoca la aplicación del principio de igualdad de trato. El análisis económico se hace, en primer lugar, en el ámbito de aplicación de las reglas antidiscriminación respecto de las relaciones obligatorias, a continuación, procede con este mismo análisis en una perspectiva “neoclásica” (donde también se aborda el análisis económico de las instituciones). Las conclusiones se van dando en cada uno de los puntos estudiados. Imposibles de tratar aquí. Ahora bien, un último epígrafe recoge unas observaciones conclusivas. Destacamos la hipótesis final:

“[N]o hay ninguna regla 'eficiente' contra la discriminación en el derecho civil que pueda asumirse como modelo para aconsejar en la política legal”.

Extraiga el lector sus propias conclusiones, lo que sí es cierto es que las medidas antidiscriminación frente a las “discriminaciones típicas” (origen racial o étnico, religión o creencias, orientación sexual y sexo) son todavía necesarias en el momento histórico en que nos encontramos. ¿Será esto un *social market*?

En tercer lugar, escribe Martin SCHMIDT-KESSEL acerca de “Experiencias extranjeras en la prohibición de la discriminación en el derecho civil” (*Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten*). Este ensayo aborda las experiencias de ciertos países, especialmente Irlanda y Gran Bretaña, en la instauración del principio de no-discriminación en ciertos sectores del derecho privado. En primer lugar, se consideran algunos tipos de contratos y prestaciones de servicios: el contrato de trabajo (evidentemente como principal punto de partida), los contratos en materia educativa y determinados tipos contractuales especialmente controvertidos tales como los arrendamientos de viviendas, los seguros y los préstamos; a continuación, todavía dentro de este primer apartado, las diferentes formulaciones de la prohibición de no-discriminación, el concepto de discriminación indirecta y las excepciones a la regla prohibitiva general. En segundo lugar, el análisis se centra en los efectos desde el punto de vista del derecho civil, considerándose el interesante tema de la realización de la lucha contra la discriminación mediante la ejecución de prestaciones en forma específica (¿hay una *specific performance* de la prestación a favor de la víctima de la discriminación?), la indemnización de daños y la retribución. Finalmente, se trata la regulación de la carga de la prueba frente a supuestos de discriminación en los países considerados. Destacamos una de las observaciones finales del autor: la regulación de la antidiscriminación en el ámbito del derecho civil está tan fuertemente influida por el derecho del trabajo que desde el punto de vista de la comparación jurídica acaba siempre por recurrirse a sus foros más altos, es decir, se necesita el derecho del trabajo como sistema de referencia y se traen a colación sus experiencias jurisprudenciales.

El siguiente trabajo en liza corresponde a Jörg NEUNER, quien últimamente se ha ocupado con bastante profundidad del tema de la protección contra la discriminación en el derecho contractual europeo. El autor reflexiona sobre la cuestión nuclear de la incorporación del principio de no-discriminación al derecho de los Estados miembros: “Libertad contractual y principio de igualdad de trato” (*Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz*). La disertación comienza desde los fundamentos filosóficos de dos principios que se contraponen: el principio de libertad contractual tanto en su concepción formal-individualística como material-teleológica y el principio de igualdad de trato (en cuanto carácter parcialmente jurídico) desde la legitimación del mandato del Estado social, considerándose también desde el “primado” del derecho tributario y tomando en consideración la posible extensión de su protección. En segundo lugar, estudia los condicionamientos jurídicos contextuales al considerar los tratados internacionales y las normas constitucionales. Finalmente, trata la cuestión en el sistema de derecho privado analizando tres principios esenciales: el “mandato de trato general”, el “mandato de trato igualitario” y las “prohibiciones de diferenciación”. La conclusión final del autor es demoledora para quienes desde la salvaguarda del sistema (o sea, la defensa a ultranza de la libertad contractual) se

opongan a la instauración del “principio de no-discriminación en el derecho privado”. No nos resistimos a traducirla, pidiendo excusas de antemano por los errores propios de la traducción-interpretación.

“[P]ara concluir la discusión, si nos está permitido pasar revista de nuevo a la ley antidiscriminación, podemos decir que se trata de un momento ejemplar del estado actual de nuestro derecho privado. Se sondea la relación entre Libertad e Igualdad, Estado y Sociedad, lo Social y lo Liberal. La discusión ofrece al mismo tiempo un marco especular sobre el ligamen con la historia. Quien tome la Revolución Francesa como medida para la legitimidad o ilegitimidad de los cambios del sistema, no hace otra cosa que volver sus ojos doscientos años atrás y elegir el modelo de Estado del primer Liberalismo. No obstante, la historia de la existencia de la Ley Fundamental de Bonn es mucho más complicada. Por eso, parece ser poco consecuente erigir un campo santo, pero no incorporar en el momento adecuado la directiva anti-racismo” (J. NEUNER, *ibidem*, p. 91).

3.2. Parte especial

La quinta aportación lleva el cuño de Sebastian KREBBER: “La prohibición de discriminación en el derecho del trabajo como modelo regulativo” (*Die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote als Regelungsvorbild*). En este estudio se realiza un análisis muy pormenorizado de los siguientes puntos: las diversas perspectivas de las experiencias en el derecho del trabajo, las prohibiciones de discriminación, la situación legal antes de 1976 (el mandato de trato igualitario en el derecho del trabajo alemán) y las experiencias habidas en el derecho europeo del trabajo con la prohibición de trato desigual por razón de sexo.

En sexto lugar escribe Karl RIESENHUBER, quien trata el tema “La prohibición de la discriminación por motivos de origen racial o étnico así como por motivos sexuales en el acceso y puesta a disposición de bienes y servicios” (*Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnische Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen*). Se trata, primeramente, de un estudio técnico sobre la prohibición de discriminación en el derecho contractual europeo, donde se abordan su ámbito de aplicación y los diferentes matices de prohibición. Asimismo, se trata de un estudio que destaca una “parte general” del derecho europeo relativo a la antidiscriminación, considerándose los diferentes métodos de codificación de la Comisión en el Proyecto de Directiva de 2004 [COM (2004), 279] así como las técnicas de regulación y los conceptos comunes. En el punto final el autor lanza para la reflexión algunos aspectos y/o preguntas muy sugerentes:

- “My home is my castle”, o protección de la esfera privada, es decir, que la antidiscriminación debe distinguirse de la protección de la esfera privada.
- ¿Es el final del *fitness* para las mujeres?; o sea, ¿la incorporación de la Directiva 2004/113 supone la aniquilación de precios diferenciados en función de los demandantes de servicios?
- ¿Mesticismo étnico o anti-ghetización como justificación?, donde el autor se pregunta sobre si el principio de no-discriminación pretende como finalidad el mestizaje o más bien introducir la idea de la lucha contra los ghettos como un valor axiomático.
- O la consideración de ciertos problemas derivados de la responsabilidad por omisión del deber de socorro y de la responsabilidad por hecho ajeno.

Dirk LOOSCHELDERS escribe la séptima aportación dedicada a “La prohibición de la discriminación de un determinado sexo en el derecho del contrato de seguro” (*Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht*). Este estudio se centra en la incorporación de la Directiva 2004/113 al derecho interno alemán en relación con el aspecto concreto de la contratación de seguros privados. Los temas más sugerentes son: el sexo como criterio de diferenciación permitido en los seguros privados de enfermedad y los costes previsibles para las mujeres embarazadas y la maternidad.

El último artículo corresponde a Jan BUSCHE, quien trata “La aplicación efectiva del derecho y sanciones en caso de lesión de las prohibiciones de discriminación contenidas en las directivas” (*Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote*). En este trabajo se estudian, principalmente, la protección jurídica frente a la discriminación de acuerdo con el derecho alemán vigente del momento y las sanciones previstas en el “Proyecto de Ley Antidiscriminación” (regulación de las sanciones, constricción para contratar e indemnización de daños y perjuicios). Tal vez el lector se pregunte si en el derecho alemán es posible constreñir a un contratante a contratar. La respuesta es negativa: si el rechazo de un sujeto a contratar con otro se resuelve en el campo de la antidiscriminación, es insostenible, de acuerdo con el derecho vigente, establecer como sanción la constricción para contratar. Conclusión: debe concederse una indemnización pecuniaria a favor de la víctima de la discriminación.

4. Más allá del libro: la inducción mediante el derecho comunitario existente de la “no-discriminación” como principio general del derecho de la Unión

No hace mucho, un grupo científico, vinculado al “Acquis Group”, denominado “Working Group on Non-Discrimination”, ha elaborado unos “principios generales sobre no-discriminación”, modificados posteriormente en la reunión del “Acquis Group” habida en Trier y mejorados con las sugerencias del “Redaction Committee and Terminology Group”.

El *European Research Group on Existing EC Private Law* (“Acquis Group”), desde su fundación en el año 2002, persigue sistemáticamente la catalogación del derecho comunitario existente con el fin de contribuir a erigir las estructuras comunes del derecho comunitario privado. Para más información, aparte de su sitio Web [<http://www.acquis-group.org/>], entre la extensa literatura relativa a este grupo y sus trabajos, R. SCHULZE (2007), “The ‘Basic Rules of the Acquis’ and the CFR”, *ZEuP* (3/2007).

Los trabajos del “Working Group on Non-Discrimination” y el borrador de los principios generales sobre no-discriminación, así como ulteriores referencias, pueden consultarse en S. LEIBLE (2006), “Non-Discrimination”, *ERA – Special Issue European Contract Law* (2006), pp. 76-89.

La pregunta esencial es ésta: ¿el principio de no-discriminación es un principio general del derecho comunitario?

Para dar respuesta a esta cuestión es necesario indagar los preceptos relativos a la no-discriminación en el derecho comunitario. En el derecho primario se encuentra en los siguientes preceptos del Tratado Constitutivo de la CE: art. 12 (prohibición de no-discriminación por razón de nacionalidad), art. 141 (igualdad de trato en el sueldo de hombres y mujeres por igual trabajo), arts. 39. 2, 43. 2 y 50. 3 (principio de igualdad de trato a los ciudadanos de otro Estado miembro como a los nacionales) y nuevo art. 13 en la versión introducida por el Tratado de Ámsterdam (prohibición de no-discriminación por razón de género, origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual). En el denominado “derecho constitucional europeo” se encuentra en el art. 6 (2) del Tratado de la UE (respeto de los derechos fundamentales), art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (no-discriminación por motivos de sexo, raza, color, lengua, religión, razones políticas u opiniones, origen nacional o social, pertenencia a minorías, propiedad, nacimiento o cualquier otra condición) y el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales (no-discriminación por motivos de...). En el derecho secundario, en el ámbito las relaciones jurídico-privadas, el principio de no-discriminación se encuentra en las directivas citadas anteriormente: Directivas 2000/43 (“igualdad racial”), 2000/78 (“Directiva marco”, 2002/73 (“igualdad de trato de hombres y mujeres en el trabajo”) y 2004/113 (“igualdad de trato de hombres y mujeres en la contratación privada”).

La respuesta del “Working Group on Non-Discrimination” es plenamente positiva. En efecto, no hay duda de que existe un principio general de derecho comunitario relativo a la no-discriminación. Este principio se puede formular sobre la base de los motivos de discriminación que están prohibidos, en cuanto principio con carácter no absoluto y teniendo en cuenta los diversos conceptos de discriminación (directa e indirecta y acoso) que suministran las normas comunitarias. En la formulación del principio, igualmente, habría de tenerse en cuenta la regulación –de acuerdo con su ámbito de aplicación– de unos “remedios concretos” de protección contra la discriminación, una regla sobre la prescripción de la acción y otra sobre la carga de la prueba.

La estructura normativa del principio de no-discriminación propuesta por este grupo, cuyo texto concreto puede consultarse en la referencia anterior, es ésta:

- Parte A. Principios generales. (1) No-discriminación.
- Parte B. Definiciones generales:
 - Art. 1: Discriminación. (1) Discriminación directa. (2) Discriminación indirecta. (3) Acoso y acoso sexual. (4) Inducción.
- Parte C. Reglas.
 - Art. 1: Remedios. (1) Compensación. (2) Cesación y prevención. (3) Excepción.
 - Art. 2: Contenido de los remedios. (1) Indemnización pecuniaria y no pecuniaria. (2) Proporción de las cuantías y función disuasoria.
 - Art. 3: Prescripción.
 - Art. 4: Carga de la prueba.

Muy recientemente, ha visto la luz un borrador de principios, definiciones y reglas modelo de derecho privado europeo en el seno del “marco común de referencia” (CFR) preparado

conjuntamente por el “Study Group on European Civil Code” y el “Acquis Group”. Nos referimos a *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (2008), Interim Outline Edition (January 2008), Sellier.

Se trata de una edición provisional extraordinaria, pues se espera la publicación de una edición comentada y completada en ciertas materias para finales del verano de 2008. El DCFR contiene normas generales (Libro I), normas relativas a los contratos y otros actos jurídicos (Libro II), la regulación de las obligaciones y de los derechos correlativos (Libro III), la regulación de los contratos en particular y los derechos y obligaciones derivados de los mismos (Libro IV), la de la gestión de negocios ajenos (Libro V), la de la responsabilidad extracontractual (Libro VI), la del enriquecimiento injustificado (Libro VII) y dos Anexos finales (I y II) relativos respectivamente a las “definiciones” y al “cómputo del tiempo”.

A diferencia de los PECL, el DCFR apuesta decididamente por la inserción con carácter general del principio de no-discriminación en el seno del derecho privado. Esta filosofía parte de las siguientes premisas:

- La necesidad de proceder a medidas de aproximación más incisivas a favor de las partes contractuales consideradas más débiles, entre las que se cuentan, no sólo los consumidores (como viene siendo ya habitual), sino también las víctimas de la discriminación o, incluso, las pequeñas y medianas empresas (cf. Ch. von BAR/H. BEALE/E. CLIVE/H. SCHULTE-NÖLKE, «Introduction», en DCFR, nº 20, p. 12).
- La idea de la limitación de la libertad contractual, en función de los derechos humanos, si se aplican las reglas relativas a la no-discriminación. Pues se parte de la consideración de que los fines generales de los derechos humanos se deben evaluar en las normas de derecho privado (cf. Ch. von BAR/H. BEALE/E. CLIVE/H. SCHULTE-NÖLKE «Introduction», en DCFR, nº 23, p. 13 y nº 31, p. 17).
- Las justificaciones para la introducción de restricciones a la libertad contractual, considerada ésta como el instrumento legal básico que permite a las personas alcanzar la libertad de regular entre sí sus propios intereses mediante pacto o acuerdo. Las restricciones deben imponerse únicamente si existe una justificación en relación con ciertas situaciones o determinados tipos contractuales. Una de estas situaciones, resaltada como ejemplo, es el contrato que implica una discriminación, el cual ha de poder ser atacado por la parte agraviada (cf. Ch. von BAR/H. BEALE/E. CLIVE/H. SCHULTE-NÖLKE DCFR, «Introduction», en DCFR, nº 25, p. 14).
- En consecuencia, las discriminaciones inaceptables, como por ejemplo, por motivos de género, raza o religión, dan lugar a restricciones normativas a la libertad contractual (cf. Ch. von BAR/H. BEALE/E. CLIVE/H. SCHULTE-NÖLKE DCFR, «Introduction», en DCFR, nº 26, p. 14).

Estructuralmente, el principio de no-discriminación adquiere una importancia fundamental, en cuanto principio legal, y de ámbito general, por cuanto abarca todo el derecho privado. Se recoge

en el capítulo II del libro II dedicado a la regulación del contrato (II.- arts. 2:101 a 2:105) y se reafirma de nuevo en otra previsión normativa de carácter general (III.- art. 1:105) en el capítulo III del libro III sobre las obligaciones contractuales.

Las normas generales que recogen el principio de no-discriminación, que básicamente siguen las propuestas del “Working Group on Non-Discrimination”, responden a l siguiente esquema:

LIBRO II (Contratos y otros actos jurídicos)

Capítulo 2: No-discriminación

II. - 2:101: Derecho a no ser discriminado.

II. - 2:102: Significado de discriminación.

II. - 2:103: Excepción.

II. - 2:104: Remedios.

II. - 2:105: Carga de la prueba.

5. Conclusiones

La valoración sobre la bondad técnica de la regulación del principio de no-discriminación en el DCFR debe dejarse a estudios más profundos. Ciertamente, a pesar del corto tiempo de gestación, no se ha tomado a la ligera por sus valedores y hacedores, sino que se ha inducido de un cuerpo de normas más o menos asentado en el derecho comunitario. El modelo del derecho del trabajo, especialmente, la formulación técnica en este sector del ordenamiento de los conceptos de discriminación y acoso, resulta convincente, pero la tentación de traer a la argumentación sobre el futuro del derecho privado cualquier “jurisprudencia antidiscriminación”, sea nacional sea comunitaria, pronunciada con motivo de las relaciones de trabajo, puede resultar perturbadora. Un caso de discriminación en la contratación civil no puede juzgarse con los mismos parámetros que uno en la contratación laboral. En la contratación civil la libertad contractual es un principio estructural del sistema. La inserción del principio de no-discriminación en el derecho privado, necesaria y totalmente justificada, colisiona con aquella, por lo que los supuestos de hecho han de contemplarse con cierta prudencia. Estos estudios habrían de meditar, a nuestro juicio, sobre las conexiones y fricciones resultantes de la inserción con carácter general del principio de no-discriminación en todo el derecho privado, con el fin de deslindar con precisión los supuestos o grupos de casos en los que ha de apreciarse que existe una discriminación intolerable. El libro que hemos comentado es un buen ejemplo de este análisis y será referencia necesaria para los interesados en el tema. Lo mismo habrá de hacerse en España, donde todavía falta, salvo contados casos, una meditación seria acerca de las conexiones y fricciones entre el principio “liberal” de libertad contractual y el principio “social” de no-discriminación en su formulación moderna. Un nuevo horizonte del derecho privado frente al que no podemos permanecer impasibles y un nuevo momento histórico para el derecho civil en el que tendremos que acostumbrarnos a movernos bajo el juego de dos sinergias contrapuestas.