

Prohibición de discriminación y libertad de contratación

Ariadna Aguilera Rull

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

Este trabajo busca sacar a la luz la relación existente entre dos principios jurídicos centrales como son la prohibición de discriminación y la libertad de contratación. Partiendo del análisis del ámbito de aplicación objetivo de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, que garantizan el acceso en condiciones de igualdad a bienes ofertados al público, el artículo ilustra una limitación progresiva de la autonomía privada en favor de la protección frente a conductas discriminatorias. Dicha tendencia alienta una revisión del concepto de autonomía que, en lugar de entrar en conflicto con los objetivos del derecho de la antidiscriminación sea compatible con ellos.

This paper shows the relation between two central legal principles: the principle of equal treatment and contract freedom. It focuses on the scope of the Directives 2000/43/CE and 2004/113/CE, implementing the principle of equal treatment in the access to goods and services, to illustrate an increasing limitation of autonomy in favour of the protection against private discrimination. This tendency encourages the revision of the private autonomy concept and advises a new conception of it, compatible with the antidiscrimination law purposes instead of conflicting with them.

Title: Equal Treatment and Contract freedom.

Keywords: Private Discrimination; Autonomy; Contract Freedom.

Palabras claves: Discriminación entre particulares; autonomía privada; libertad de contratación.

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión
2. Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE
 - 2.1. Ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios
 - 2.1.1. Acceso a establecimientos abiertos al público
 - a. Discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público
 - b. Valoración de la prohibición de discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público
 - 2.1.2. Acceso a la vivienda
 - a. Discriminación en el acceso a la vivienda
 - b. Valoración de la prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda
 - 2.1.3. Contratación de seguros
 - a. Discriminación en la contratación de seguros
 - b. Valoración de la prohibición de discriminación en la contratación de seguros
3. La vinculación de los particulares a la prohibición de discriminación
 - 3.1. El ámbito de lo público y el ámbito de lo privado
 - 3.2. Adecuación a la regulación internacional de la discriminación y al derecho norteamericano
 - 3.3. Valoración de la extensión del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación
 - 3.3.1. La concepción clásica de los derechos fundamentales
 - 3.3.2. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales y el desequilibrio de fuerzas
 - 3.3.3. Más allá del desequilibrio de fuerzas
 - 3.3.4. Ventajas de la extensión de la prohibición de discriminación
 - a. La discriminación como fenómeno social
 - b. La discriminación como fenómeno colectivo
 - c. Discriminación y realización del principio democrático
4. Autonomía privada y libertad de contratación
 - 4.1. Crítica a la protección de discriminación desde la libertad de contratación
 - 4.2. Libertad de contratación: entre autonomía y sujeción
 - 4.2.1. Autonomía privada: de la discrecionalidad a la participación en la formulación de las normas
 - 4.2.2. Libertad de contratación como garantía de la autodeterminación de todas las partes contractuales
 - a. Materialización de la libertad de contratación
 - b. Igualdad y teoría clásica del contrato
 - c. Protección de uno y protección del otro
 - d. Garantía de la libertad de contratación a través de la intervención estatal
 - 4.3. Contenido real de la libertad de contratación

5. Prohibición de discriminación versus libertad de contratación

5.1. Incompatibilidad de la libertad de contratación con la prohibición de discriminación

5.2. La componente colectiva del derecho de antidiscriminación

5.3. La componente participativa del derecho de antidiscriminación

5.4. Conclusión

6. Bibliografía

1. Planteamiento de la cuestión

Este artículo pretende, ilustrar al lector sobre el ámbito de aplicación objetivo de la prohibición de discriminación por razón del origen étnico y de sexo, previsto en las Directivas 2000/43/CE¹ y 2004/113/CE². La incorporación de dicha prohibición en los ordenamientos español y alemán, en los que este trabajo se centra, ha conllevado un cambio importante: toda una serie de relaciones interprivadas, antes regidas por el principio de libertad de contratación, han pasado a quedar sujetas a la prohibición de discriminación. Esto ha supuesto dar un paso más en la limitación de la concepción tradicional de la autonomía privada. Aunque, a partir de la discusión sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, dicho concepto ha sufrido un proceso de transformación paulatina, integrar el derecho de la antidiscriminación en todo su alcance exige revisar el concepto de autonomía del que parten los ordenamientos jurídicos.

2. Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE

El aspecto más innovador de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE es el alcance o ámbito de aplicación objetivo de la prohibición de discriminación que éstas imponen. La regulación de la prohibición prevista en estas dos Directivas relativas a la igualdad de trato se centra en tres grandes bloques temáticos: el concepto de discriminación, que se desglosa en el de discriminación directa e indirecta, el ámbito de aplicación de la prohibición y las sanciones a las que debe dar lugar la conducta discriminatoria. El concepto de discriminación y las sanciones asociadas al comportamiento discriminatorio son figuras que el derecho comunitario lleva perfilando desde hace años. De forma inmediata, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), que sentencia tras sentencia ha ido definiendo y concretando los conceptos de discriminación directa e indirecta. O de forma mediata, también con la ayuda de los pronunciamientos del TJCE, que ha instado a los Estados miembros a adoptar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para los supuestos de infracción de la prohibición de discriminación. En cambio, el tercer pilar sobre el que se apoya la regulación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, su ámbito de aplicación, es un concepto que no ha sido todavía precisado en el ordenamiento comunitario.

2.1. Ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios

Cuando la Directiva 2004/113/CE determina las relaciones jurídicas a las que pretende imponer la prohibición de discriminación, establece lo siguiente:

¹ Directiva del Consejo 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).

² 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 (en adelante Directiva 2004/113/CE).

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.”³

La sujeción a la prohibición de discriminación dependerá básicamente de que se cumplan dos requisitos: La disponibilidad para el público de los bienes o servicios en cuestión y que éstos sean ofertados fuera del ámbito de la vida privada y familiar. Además, como el texto de la Directiva 2004/113/CE pone de manifiesto de forma explícita, es irrelevante la naturaleza privada o pública del oferente.

Una concreción de los supuestos que a los que se aplicará la prohibición de discriminación se encuentra en la exposición de motivos de ésta, que dispone:

“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.”

2.1.1. Acceso a establecimientos abiertos al público

a. Discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público

El legislador comunitario 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, que por contraposición al club privado está abierto a cualquiera, invocando el derecho de admisión.

Como los ordenamientos nacionales ya contenían, antes de la incorporación de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, disposiciones que prohibían dichas prácticas, podemos encontrar casos resueltos por Tribunales nacionales, incluso con anterioridad a la aprobación de los instrumentos comunitarios que ilustran la discriminación en el acceso a locales.

Un caso de discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público es el de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Frankfurt (*OLG Frankfurt*) de 8.1.1985 (NJW 1985, p. 1720), 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 (AG) y la Audiencia Provincial (LG) condenaron

³ 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.”

al acusado por el delito de instigación al odio previsto en el § 130 del Código penal alemán (*StGB*). El acusado recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia de Frankfurt (*OLG Frankfurt*) y éste estimó parcialmente el recurso.

Supuestos similares se han dado en España, como ponen de manifiesto las siguientes sentencias:

El caso de la STS, 2ª, 29.9.1998 (RJ 1998/6467; MP: Jiménez Villarejo) en la que el dueño de un concesionario de coches se negó a atender a una persona de origen racial 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.

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 consenso en la doctrina⁴. 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:

“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 poca 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.”⁵

“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

⁴ REY MARTÍNEZ (2003, 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, 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, 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.”

⁵ PICKER (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 ein sozialetischen Mindeststandards nicht ein.” “Die Vertragsverweigerung in Kauf- oder Gasthaus bildet damit den erhellendsten Anschauungsfall einer intolerablen Diskriminierung.”

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.”⁶

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 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.”⁷

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 odiosa⁸, más que otro tipo de discriminaciones como la motivada por el sexo de la víctima.

Estas conductas discriminatorias son observables⁹, pueden tener trascendencia social¹⁰, influyen en masa en ciertos colectivos¹¹, suelen explicarse por la aversión del discriminador y carecen de fundamento racional.

⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL (1993, p. 119).

⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL (1993, p. 114).

⁸ REY MARTÍNEZ (2003, p. 68): “la discriminación racial es la más odiosa de todas [...]”; BEZZENBERGER (1996, pp. 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*”.

⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL (1993, 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.”

¹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1990, pp. 424, 425): “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”

¹¹ ALONSO GARCÍA (1983, p. 91): “Cuando los negocios jurídicos-privados influyen en masa sobre los ciudadanos es cuando debe jugar la posibilidad de que la Constitución española les alcance.”

2.1.2. 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 y van en aumento.

Podemos tomar a modo de ejemplo, el Informe del *European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia* de Diciembre del 2005, que daba los siguientes resultados:

*"Ethnic minorities are living in comparatively poor housing conditions which contribute to entrenched patterns of social and economic inequality. They are also subject to persistent, extensive and varied forms of ethnic, racist and national discrimination. The situation is complex and dynamic in terms of location, tenure and ethnicity. Within some minority groups, households are moving out of inner city areas into suburban and rural locations, while other poorer households are increasingly concentrated in inner city areas. Across and between migrant and minority ethnic groups there are substantial differences in housing conditions, tenure patterns, and the extent of discrimination and hostility experienced. Nonetheless, housing disadvantage is widespread, and often severe."*¹²

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."¹³

b. Valoración de la prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda

La dificultad que plantea someter los contratos de arrendamiento o compraventa de inmuebles a la prohibición de discriminación se basa en que dichos 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 europeo 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

¹² Informe del *European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia* de Diciembre del 2005, p. 6.

¹³ 7ª Documento del Observatorio Permanente de Inmigración, p. 81.

relación de confianza entre las partes es importante, no basta para excluirlo de la prohibición de discriminación.

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 alquiler de una vivienda de vacaciones a un miembro de la familia, o el de una habitación en una casa particular¹⁴.

Parece que 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.

2.1.3. Contratación de seguros

a. Discriminación en la contratación de seguros

La regulación del “*risk rating*” o diferenciación en la contratación de seguros fue la que más dificultades planteó durante el proceso legislativo.

Tanto en los seguros obligatorios de responsabilidad civil del automóvil, como en los de vida, y asistencia médica, debido a su funcionamiento, las diferenciaciones por razón del origen racial o sexo del asegurado están a la orden del día: Es decisivo para el asegurador garantizar que las primas que paga el asegurado estén en relación con la probabilidad de que se produzca el daño frente al que está asegurando¹⁵. Para ello el asegurador utiliza indicadores de riesgo. Existen algunos indicadores, que podríamos calificar de neutrales desde el punto de vista del derecho de antidiscriminación, como son, en el caso de los seguros de vida o de asistencia médica, los hábitos del asegurado, su aversión al riesgo, su salud y las enfermedades que ha padecido, su profesión¹⁶. O en el caso de seguros de automóviles la edad del conductor, el modelo de coche, la potencia del motor, la experiencia en la conducción, la asistencia a cursos de conducción.

Pero las aseguradoras tienen también en cuenta el sexo y el origen racial del asegurado en el momento de decidir si contratan con una determinada persona y en qué condiciones.

¹⁴ COM (2003, 657, art. 1).

¹⁵ BAER (2004, p. 1623).

¹⁶ Ver FERNÁNDEZ CRENDE (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.

Esto se explica porque éstos son factores parecen tener relevancia en el cálculo de riesgos: Las estadísticas muestran, por ejemplo, que la esperanza de vida de las mujeres es mayor que la de los hombres¹⁷.

El sexo tiene, como indicador de riesgo, dos ventajas innegables para el asegurador respecto de otros indicadores: su visibilidad y su invariabilidad en el tiempo. 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, o porque éste tiene muchos incentivos para mentir sobre ellos¹⁸. El sexo del asegurado puede determinarse de forma poco costosa.

La segunda dificultad es la de garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas¹⁹: Los seguros de asistencia médica no funcionan 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. Como no puede resolver el contrato por razones ordinarias, ni puede modificar las prestaciones por un aumento de los costes que tenga su origen en la persona concreta del asegurado, se ve obligado a guiarse por indicadores que permanezcan constantes. De lo contrario corre el peligro de no poder hacer frente a las obligaciones adquiridas.

¿Qué forma adopta el “*risk rating*” en los distintos tipos de contrato de seguro?

Las diferencias en la esperanza de vida determinan que las mujeres paguen unas primas más altas que los hombres en los seguros de supervivencia.

En esta modalidad de seguros el asegurador se obliga al pago de una cantidad al beneficiario si el asegurado sobrevive a una determinada fecha.

En el caso de los seguros de muerte prematura sucede justamente lo contrario. Aquí serán los hombres los que pagan las primas más elevadas.

En éstos las aseguradoras se obligan a pagar al beneficiario una cantidad si el asegurado muere antes de una determinada fecha.

¹⁷ Ver el Instituto Nacional de Estadística que muestra que en el año 2006, en España, los hombres tenían una esperanza de vida de 78 años y las mujeres de 84 años.

¹⁸ Ver aquí a WANDT (2004, p. 133), que muestra la dificultad de utilizar indicadores de riesgo neutrales justamente por la intromisión en la intimidad que esto supone.

¹⁹ WANDT (2004, p. 132).

En los seguros de asistencia sanitaria son de nuevo las mujeres las que salen perjudicadas, pues según las estadísticas éstas causan un 40% más de costes que los hombres debido al embarazo y la maternidad, lo que comporta una elevación de las prestaciones a las que quedan obligadas.

En los seguros obligatorios de automóviles, lo que se da sobre todo son las discriminaciones raciales. Ya en el año 1994, el legislador alemán trató de hacer frente, con la aprobación del § 81 e VAG²⁰, 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.“²¹

Era ésta la respuesta a un fenómeno que ya había sido denunciado por la jurisprudencia, como muestra la sentencia de la Audiencia Provincial de Rottweil (*LG Rottweil*) de 30.12.1988 (NJW-RR 1989, pp. 536-537), 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 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“.²²

b. Valoración de la prohibición de discriminación en la contratación de seguros

Los supuestos de diferenciación estadística plantean una cuestión, que los autores partidarios de la sujeción de los particulares al principio de igualdad ya intuían hace años.

²⁰ Ley sobre la supervisión de las compañías aseguradoras (*Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen*)

²¹ § 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.“

²² *LG Rottweil NJW-RR 1989, p. 536: “Diese von der Beklagten ausgesprochene Kündigung erfolgte allein deshalb, weil der Kl. türkischer Staatsangehöriger ist und nicht deshalb, weil sich gerade in seiner Person für die Beklagte ein besonderes Vertragsrisiko verwirklicht hätte. Dies erachtet das Gericht für erwiesen aufgrund des Rundschreibens der Beklagte vom 30. 3. 1987, in welchem deutlich wird, daß die Beklagte, 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 Beklagte, sich auch von bestehenden Versicherungsverträgen mit türkischen Staatsangehörigen ganz allgemein zu lösen, verdeutlicht sodann weiter ihr Schreiben vom 27. 4. 1987.“*

En palabras de 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 de la Norma Fundamental (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.”²³

¿Es el uso con carácter meramente descriptivo de un atributo como el sexo o la etnia realmente incompatible con el principio de discriminación?

Podría argumentarse que, en tanto que la discriminación está presuponiendo que se da un trato distinto a dos supuestos iguales o prácticamente iguales, la diferenciación estadística no es tal, pues ésta tan sólo responde a la diferencia existente entre dos supuestos. Los datos estadísticos parecen poner de manifiesto que no se trata de situaciones equivalentes. Retomando el ejemplo de 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 comparables²⁴.

Esta posición es razonable si se tiene en cuenta que en tanto que el objeto del contrato de seguros es la gestión del riesgo, 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 del asegurador no se trata de situaciones comparables.

Sin embargo, no hay que olvidar que la objetividad de las estadísticas, que buscan sacar a la luz, por ejemplo, que la esperanza de vida de una persona está en función de su sexo, es una verdad a medias. Las estadísticas tan sólo muestran que la esperanza de vida de las mujeres es mayor que la de los hombres. Eso no prueba que exista una relación causal entre el sexo y la esperanza de

²³ CANARIS (1984, p. 236): “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 tatbestandliches Aufgreifkriterium dient.”

²⁴ Como veremos más adelante tanto las Directivas como la Ley para la Igualdad 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.”

vida o que la diferencia biológica sea el factor determinante de la duración de la vida de una persona.

En todo caso, que la esperanza de vida 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/E:

“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.”²⁵

Si se adopta el punto de vista del derecho de la antidiscriminación, la diferenciación en la fijación de primas en función del sexo u origen étnico conlleva indudablemente una discriminación que debe ser evitada. Ese trato desigual amenaza tanto la componente de protección individual como la de protección colectiva del derecho de la antidiscriminación.

Desde el punto de vista de la protección de la individualidad, la violación 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. 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. El problema que plantea esta diferenciación aparentemente inofensiva es que no tiene en cuenta al individuo concreto, sino que lo reduce a la condición de miembro de un grupo.

La clasificación de los riesgos según el sexo u origen étnico del asegurado es criticable también desde la componente colectiva del derecho antidiscriminatorio, porque supone repartir las consecuencias sociales de la discriminación tan sólo entre los miembros del colectivo discriminado. La exclusión de ciertos colectivos afecta a la posición en sociedad de los miembros de éstos y tiene como consecuencia que ciertas desventajas sociales perjudiquen más frecuentemente a mujeres o a los componentes de minorías étnicas. A este fenómeno es justamente al que trata de dar respuesta el concepto de discriminación indirecta y el que ha llevado a que la discriminación fuera tratada como un supuesto de protección frente a la debilidad social. La práctica de distinguir en función del sexo o etnia perpetúa la marginación del

²⁵ Propuesta de Directiva del Consejo 2003/0265.

colectivo, en lugar de fomentar la solidaridad entre todos los colectivos que forman parte de una comunidad y propugnar la eliminación de los estereotipos.

La crítica que parte de la dificultad de repartir los costes de la marginación entre todos los miembros de una comunidad, olvida algo que ponía de manifiesto muy claramente el Juez Stevens en su opinión en el caso *City of Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart* 435 US 702 de 25.4.1978.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de (U. S. Supreme Court) 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 longevas y debía, por tanto, abonárseles más mensualidades que a los hombres. La Corte del Distrito (District Court) estimó la demanda y la Corte de Apelación (Court of Appeal) confirmó. La Supreme Court desestimó el recurso de casación.

"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 men and women alike, but nothing more than habit makes one "subsidy" seem less fair than the other."

3. La vinculación de los particulares a la prohibición de discriminación

3.1. El ámbito de lo público y el ámbito de lo privado

Como ilustran los tres ejemplos de discriminaciones prohibidas que he presentado, las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE tratan de garantizar el acceso en condiciones de igualdad a todos aquellos bienes o servicios que son ofertados al público. Para ello definen un ámbito nuevo, la esfera casi-pública, en la que los sujetos, ya sean particulares o poderes públicos, quedarán vinculados al principio de no discriminación.

Esto supone abandonar el criterio que tradicionalmente había servido para distinguir a aquellos sujetos a los que podía exigirse el respeto a unos principios, de aquellos a los que se permitía actuar amparados por el principio de autonomía de la voluntad.

La naturaleza pública o privada del que se mueva en la esfera casi-pública, dicen las Directivas, es irrelevante. Lo decisivo será ahora el círculo de destinatarios al que el oferente dirige su declaración de voluntad. De dirigirse a un círculo indeterminado de personas deberá garantizarles a todas ellas el acceso en igualdad de condiciones, sin poder excluir a ciertas

personas por su origen racial o sexo. Sólo si el trato discriminatorio tiene lugar en el ámbito de la vida privada y familiar estará éste permitido.

La contraposición ámbito de lo público y ámbito privado, sustituye a la contraposición más clásica de sujeto público y sujeto privado.

3.2. Adecuación a la regulación internacional de la discriminación y al derecho norteamericano

La idea de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE de diferenciar, en lugar de en función de la naturaleza pública o privada del sujeto, en base al ámbito en que éste se mueve es congruente con la [Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21.12.1965 \(CERD\)](#)²⁶ y la [Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18.12.1979 \(CEDAW\)](#)²⁷.

Además se incardinan en la tradición del derecho norteamericano²⁸: El *Fair Housing Act*, impone una prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda²⁹ y el *Equal Credit Opportunity Act* considera ilegales las conductas discriminatorias que tengan lugar en la concesión de crédito³⁰.

²⁶ **Artículo 5** En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

iii) El derecho a la vivienda;

f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

²⁷ **Artículo 13** Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero.

Artículo 14.2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

²⁸ BILBAO UBILLOS (2006, p. 156): “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”.

²⁹ Sec. 804. [42 U.S.C. 3604] *Discrimination in sale or rental of housing and other prohibited practices*

“As made applicable by section 803 of this title and except as exempted by sections 803(b) and 807 of this title, it shall be unlawful--

Las Directivas europeas, al extender su ámbito de aplicación a ciertas relaciones entre particulares, parecen llenar lo que antes de su aprobación podía ser considerado un vacío legal.

3.3. Valoración de la extensión del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación

3.3.1. La concepción clásica de los derechos fundamentales

Sin embargo, la implementación de las Directivas en los ordenamientos nacionales ha sido duramente criticada por juristas³¹, que han expresado su disconformidad con la vinculación de los particulares a dicha prohibición.

El argumento más importante de los críticos es que la extensión de la prohibición de discriminación a todo particular que se mueva en la esfera pública, supone una limitación de la autonomía de la voluntad no justificada.

Esta idea tiene su origen en una tradición que parte de dos cosas: una clara división entre el Estado y la sociedad y la concepción de los individuos como dotados de una libertad prejurídica que debe ser protegida frente a la actuación de los poderes públicos. Del juego de estas dos ideas nace la concepción clásica de los derechos fundamentales como una figura que regula las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, garantizando ámbitos de libertad individual frente a la intervención estatal. Los poderes públicos deben actuar de conformidad con ciertos principios para no poner en peligro la autonomía de los ciudadanos, que el ordenamiento jurídico trata de preservar.

La sujeción al principio de no discriminación por parte de los particulares es visto, en esta tradición, como una limitación de la libertad de que originariamente goza el individuo, como una

(a) To refuse to sell or rent after the making of a bona fide offer, or to refuse to negotiate for the sale or rental of, or otherwise make unavailable or deny, a dwelling to any person because of race, color, religion, sex, familial status, or national origin.

(b) To discriminate against any person in the terms, conditions, or privileges of sale or rental of a dwelling, or in the provision of services or facilities in connection therewith, because of race, color, religion, sex, familial status, or national origin."

³⁰ § 701. *Prohibited discrimination; reasons for adverse action*

(a) It shall be unlawful for any creditor to discriminate against any applicant, with respect to any aspect of a credit transaction –

(1) on the basis of race, color, religion, national origin, sex or marital status, or age (provided the applicant has the capacity to contract);

(2) because all or part of the applicant's income derives from any public assistance program; or (3) because the applicant has in good faith exercised any right under the Consumer Credit Protection Act.

³¹ ADOMEIT (2002, p. 1622); ADOMEIT (2006, p. 2169); PICKER (2002, p. 880); SÄCKER (2002, p. 286); V. MÜNCH (1999, p. 262); ROELLECKE (1996, p. 3261).

concesión que el sujeto hace en favor de la existencia de la comunidad. El abandono de ese estado ideal de libertad debe justificarse.

3.3.2. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales y el desequilibrio de fuerzas

Fue la asunción de que también en las relaciones entre particulares podía reproducirse un desequilibrio equivalente al existente entre un poder público y un particular, la que dio origen a la teoría de la *Drittwirkung* y a la defensa de la eficacia horizontal de ciertos derechos fundamentales, entre ellos la prohibición de discriminación.

NIPPERDEY defendió en 1961, que la extensión del círculo de los destinatarios de la norma constitucional se justificaba en la necesidad de proteger al individuo frente a lo que él denomina, los “poderes sociales” o el poder fáctico, que dimana de grupos, corporaciones o empresas.³²

A raíz de la discusión sobre la eficacia horizontal de ciertas garantías constitucionales, el derecho de contratos ha ido abandonando la ficción de que todos los contratantes estaban en igualdad de condiciones para incluir disposiciones tendentes a proteger a la parte débil de ciertas relaciones. Son expresión de este proceso el derecho de trabajo y derecho de consumo.

Pero dicha teoría no modificó realmente el sistema, innovó al atreverse a pensar la necesidad de limitar la libertad individual, pero dicha posibilidad seguía condicionada a algo, a lo que nombra la idea de justificación. La *Drittwirkung* sigue partiendo de la dualidad entre un sujeto más poderoso y otro más débil y de la amenaza que supone esa diferencia de fuerzas.

3.3.3. Más allá del desequilibrio de fuerzas

De ahí que las Directivas manifiesten expresamente que es irrelevante la naturaleza privada o pública del oferente. Al hacerlo muestran la ruptura con esa concepción y apuntan a un lugar distinto. Abandonan la idea de que, en la esfera pública, el respeto al principio de no discriminación requiera justificación. Mantienen, sin embargo, un ámbito, el de la esfera privada, en el que no está justificado exigir la vinculación a principios.

La solución adoptada por las Directivas de distinguir entre dos ámbitos distintos plantea dos dificultades. Parte de la ficción de dos esferas, que poco tienen que ver con la realidad.

En palabras de HABERMAS: “Excepto por su fuerza fenomenológica, la teoría de las esferas no es satisfactoria y no sólo porque representa relaciones sociales complejas, simplificándolas mediante un modelo espacial de esferas vitales, cuyo contenido de espacio público es prácticamente inoperante³³.”

³² NIPPERDEY (1961, p. 25).

³³ HABERMAS (1997, p. 482): “Abgesehen von ihrer phänomenologischen Kraft bleibt die Sphärentheorie freilich unbefriedigend, und zwar nicht nur darum, weil sie komplexe gesellschaftliche Funktionszusammenhänge übervereinfachend in einem räumlichen Modell von Lebenssphären abbildet, deren “Öffentlichkeitsgehalt” kaum zu operationalisieren ist.”

Además, parece asumir la posibilidad y legitimidad de un ámbito libre de todo principio ajeno a la idea de libertad, sin necesidad de probarla.

3.3.4. Ventajas de la extensión de la prohibición de discriminación

A pesar de las señaladas debilidades de la nueva regulación, lo que ésta modifica supone una mejora respecto del régimen legal anterior.

a. La discriminación como fenómeno social

La extensión de la prohibición de discriminación a los sujetos de derecho privado tiene en cuenta que la discriminación no es en el fondo un problema de abuso de poder por parte del Estado. El fenómeno de la discriminación no tiene tanto que ver con la relación del individuo con una corporación como con la relación entre dos sujetos diferentes. La discriminación es un fenómeno en el que la sociedad civil juega el papel central. No es posible erradicar la discriminación limitándose a garantizar unas relaciones entre el individuo y los poderes públicos basadas en el principio de no discriminación.

b. La discriminación como fenómeno colectivo

Abandonar como criterio determinante de la aplicación de la prohibición de discriminación la dependencia negocial de la víctima respecto del discriminador asume que el desequilibrio de fuerzas existente en la relación contractual concreta no es condición necesaria ni suficiente para que exista un comportamiento discriminatorio.

La discriminación tiene una componente individual y otra colectiva. Supone la exclusión de un individuo por formar parte de un grupo. La peor posición negocial de la víctima puede derivarse no sólo de sus características como contratante, sino de su pertenencia a un colectivo, que es objeto de exclusión. La relación de un vendedor o dueño de un establecimiento no monopolista con un particular o de dos profesionales liberales, que el derecho civil en principio trataría como una relación entre iguales, no lo es si uno de ellos tiene que hacer frente a los prejuicios del otro.

c. Discriminación y realización del principio democrático

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, al prescindir de la distinción entre el ámbito de lo político y de lo privado o como mínimo ampliar la aplicación de la prohibición de discriminación, que hasta el momento parecía regir fundamentalmente lo político, piensan lo que NETTESHEIM expresa: "La legislación de la antidiscriminación debía evitar la fragmentación de la comunidad política y tenía por tanto una función profundamente democrática. En ella se refleja el

conocimiento de que sin igualdad de oportunidades en lo económico toda igualdad de derechos en los derechos de participación política debía desaparecer”³⁴.

Es la idea a la que hacen referencia también BURNS, LEHMAN SCHLOZMAN y VERBA en su libro *“The private roots of public action”*: *“Previous research, including our own work, has shown that men are more political active than women and that Anglo-Whites are more active than African-Americans and, especially, Latinos.”*³⁵

Como muestra el estudio realizado por estos autores el grado de participación política no es indiferente a la situación socioeconómica de los sujetos³⁶, por lo que el derecho formal a participar en el proceso democrático en igualdad de condiciones no garantiza la inclusión de colectivos objeto de exclusión. Garantizar el acceso a la vivienda, a créditos bancarios, a seguros, a espacios abiertos al público evita la marginación, que desincentiva la participación en algo que se percibe como ajeno.

4. Autonomía privada y libertad de contratación

4.1. Crítica a la protección de discriminación desde la libertad de contratación

Como ya he anticipado, 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 idea de la limitación de la libertad de contratación no es ni mucho menos nueva sino que se incardina en una tradición de reformulación de la libertad de contratación que CANARIS ha denominado la materialización de la libertad de contratación³⁷ y que la famosa frase que LEISNER escribió en 1960 ilustra muy bien: *“La historia de la libertad de contratación es la de su limitación”*³⁸.

³⁴ NETTESHEIM (2004, p. 410): *“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 Gleichberechtigung bei den politischen Partizipationsrechten verpuffen müsste”*.

³⁵ BURNS, LEHMAN SCHLOZMAN y VERBA (2001, p. 276).

³⁶ BURNS, LEHMAN SCHLOZMAN y VERBA (2001, pp. 359, 360): *“The emphasis upon socioeconomic resources turned out, not suprisingly, to be well placed. Women are, on average, disadvantaged with respect to education, income, and occupational status, attributes long known to be associated with political activity. These deficits are important in accounting for the participatin gap.”*

³⁷ CANARIS (2000, pp. 276-277).

³⁸ LEISNER (1960, p. 323): *“Die Geschichte der Vertragsfreiheit ist die ihrer Beschränkung”*.

Que la historia de un concepto jurídico sea la de su limitación pone de relieve que la concepción original de éste era demasiado amplia. Justamente lo contrario de lo que sucede con el derecho a la no discriminación que se va abriéndose camino y haciéndose un lugar en los ordenamientos jurídicos.

El choque que se produce entre el derecho a no ser discriminado y la libertad de contratación es doble. Ambos derechos no sólo garantizan contenidos en ocasiones contradictorios, sino que son ejemplo de dos formas distintas de aparición de normas jurídicas. Si la libertad de contratación es expresión de un sistema jurídico idealista reducible en última instancia a un principio rector, la prohibición de discriminación surge de la necesidad de ir dando respuesta a los problemas que plantea la diferencia. De ahí también la resistencia de algunos civilistas a incorporar en el derecho civil, regido por el paradigma de la autonomía privada un valor que rompe con ese paradigma sin sustituirlo por otro con la misma capacidad de sistematización. Que todo no sea reconducible a nada rompe con la fascinación que produce la ficción de haber capturado una verdad, incompatible con la diversidad a la que intenta dar respuesta el derecho de antidiscriminación.

4.2. Libertad de contratación: entre autonomía y sujeción

En todo caso, no hace falta cuestionarse algo tan de fondo para ver los límites de la libertad de contratación. El concepto mismo de libertad de contratación contiene la tensión entre dos ideas que pretenden cosas a primera vista contradictorias: Por un lado la idea de autonomía -la libertad de contratación es la concreción del principio de autonomía en el ámbito de la contratación³⁹- y por otro la idea de sujeción a la que hace alusión el contrato.

4.2.1. Autonomía privada: de la discrecionalidad a la participación en la formulación de las normas

La autonomía privada apunta originariamente a la garantía de discrecionalidad⁴⁰, a ese “libertad de hacer o no hacer”⁴¹ sobre el que el Consejo Parlamentario Alemán (*Parlamentarischer Rat*) discutió al buscar la formulación adecuada del Art. 2 de la Norma Fundamental -que recoge el derecho a la libre desarrollo de la personalidad- y que luego descartó, tan sólo por considerarlo poco elegante⁴².

³⁹ BUSCHE (1999, p. 46): “*Privatautonomie konstituiert sich aus den vier Wirkbereichen der Vertragsfreiheit, der Eigentumsfreiheit, der Testierfreiheit und der Vereinigungsfreiheit.*” La autonomía privada opera en los cuatro ámbitos siguientes, la libertad de contratación, el derecho a la propiedad privada, la libertad de testar y la libertad de asociación.”

⁴⁰ BILBAO UBILLOS (2006, 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 irrational*”, una libertad que la Constitución nunca ha pretendido eliminar”.

⁴¹ DE CASTRO Y BRAVO (1971, p. 12).

⁴² Sobre la historia legislativa del precepto ver: HILLGRUBER (2002, Art. 2 I, Mg. 10-13).

En palabras de 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”⁴³.

La garantía de la autonomía privada es pues el 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 esa libertad nace del riesgo de que sea cuestionada. Pues la creación de un sistema jurídico conlleva necesariamente la transformación de esa libertad en otra cosa.

“El valor de la autonomía privada, su poder de fascinación innata, radica en el efecto de transformación que despliega, al referirse a un hecho antropológico original, demostrable empíricamente por medio de la psicología, que se encuentra en la necesidad de realización del ser humano”.⁴⁴

“La defensa por el Estado de la autonomía privada, supone ya la intervención de aquél; el que la califique, defina o limite.”⁴⁵

Ese deseo de autodeterminación y realización se convierte en el derecho a definir y fijar el contenido de las normas a las que uno desea someterse. Si en un primer momento la libertad podía verse como no sujeción a norma alguna, la libertad 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.

“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.”⁴⁶

⁴³ BUSCHE (1999, 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”.

⁴⁴ BUSCHE (1999, 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.”

⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO (1971, p. 17).

⁴⁶ DE CASTRO Y BRAVO (1971, p. 12).

Aparece aquí algo que cuestiona la posibilidad de garantizar la autonomía privada sin asegurar la autonomía política, que hace explotar la división tradicional entre derecho privado y derecho público, como dos ámbitos relativamente independientes y regidos por principios distintos.

4.2.2. Libertad de contratación como garantía de la autodeterminación de todas las partes contractuales

En la libertad de contratación esa 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.

a. Materialización de la libertad de contratación

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. 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.

b. Igualdad y teoría clásica del contrato

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 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 diferenciaciones en la libertad de contratación según la clase y en parte según el sexo.”⁴⁷

c. Protección de uno y protección del otro

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 respetar⁴⁸, conlleva atribuirle dicha voluntad a todo individuo. Un sistema jurídico que se

⁴⁷ SCHIEK (2000, p. 294): “[Die klassische 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.]”

⁴⁸ BUSCHE (1999, p. 17): “Soweit die Rechtsordnung durch zweckmäßige Regelungen das Selbstbestimmungsprinzip 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

base en el principio de protección de la individualidad debe necesariamente proteger cada individualidad y por tanto la diferencia. Por eso no es de extrañar que el Art. 2 del GG, 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 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“⁴⁹.

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 otro⁵⁰.

d. Garantía de la libertad de contratación a través de la intervención estatal

Esto supone que los poderes públicos, para garantizar la libertad de contratación no pueden limitarse a que tomar los contratos que las partes han celebrado, tomándolos como ejercicios de libertad que reflejan la voluntad de las partes. 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. El contenido de la libertad de contratación no puede ser por tanto equiparada a la no intervención estatal en la autoregulación de los particulares.

Justamente esto sostenía el Tribunal Constitucional Alemán *BVerfG* en el caso del *Representante de comercio* de 7.2.1990 (NJW 1990, pp. 1469- 1472).

En el caso de la sentencia 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

través de una regulación apropiada, el principio de autodeterminación, recoge la voluntad de autorealización, enraizada en la psique del individuo y preexistente a todo ordenamiento jurídico.”

⁴⁹ SCHACHTSSCHNEIDER (2004, 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 verfassungsmäßige Ordnung und insbesondere das Sittengesetz achten muss, wird nicht geschützt.”

⁵⁰ HABERMAS (1997, pp. 483-484): “[...] denn Privatautonomie im Sinne dieses allgemeinen Freiheitsrecht impliziert ein allgemeines Gleichheitsrecht, eben das Recht auf Gleichbehandlung gemäss Normen, die Rechtsinhaltsgleichheit verbürgen. Wenn sich daraus für die eine der Parteien tatsächliche Einschränkungen gegenüber dem Status quo ante ergeben, handelt es sich nicht um normative Einschränkungen des Prinzips rechtlicher Freiheit, sondern um die Abschaffung solcher Privilegien, die mit der von diesem Prinzip geforderten Gleichverteilung subjektiver Freiheiten unvereinbar sind.” “Pues autonomía privada en el sentido de un derecho general a la libertad implica un derecho general a la igualdad, el derecho a la igualdad de trato conforme a normas que garantizan igualdad en el contenido del derecho. Si de ahí se derivan limitaciones fácticas del status quo ante no se trata de limitaciones normativas del principio de libertad jurídica, sino de la supresión de aquellos privilegios, incompatibles con el reparto equitativo de libertades subjetivas exigida por dicho principio.”

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 la Audiencia Provincial (LG) exigiendo el cumplimiento por parte del agente de la cláusula de no competencia. La Audiencia Provincial (LG) inadmitió la demanda. El Tribunal Superior de Justicia (OLG) dió lugar al recurso interpuesto por la empresa y condenó al agente a 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 (BGH) inadmitió el recurso de casación interpuesto por el representante de comercio. El representante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (BVerfG), que dió lugar a dicho recurso y anuló la sentencia del Tribunal Constitucional (BGH). El Tribunal Constitucional (BGH) aplicó el ap. 2 inciso 2 del § 90 a del Código de comercio alemán (HGB)⁵¹, que el Tribunal Constitucional (BVerfG) declaró inconstitucional por violar el derecho al libre ejercicio de una profesión consagrado en el Art. 12 ap. 1 de la Norma Fundamental (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 culpable de éste. El Tribunal Constitucional (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 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 equilibrio adecuado 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.”⁵²

⁵¹ “§ 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.”

⁵² BVerfG (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 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

4.3. Contenido real de la Libertad de contratación

Comprender la evolución del concepto de libertad de contratación es importante para poder valorar la crítica que se hace de la prohibición de discriminación. El punto de partida no es, por tanto, confrontar el derecho a decidir con total libertad si y en su caso con quien contratar y con que contenido. Partimos de una libertad de contratación compatible con la existencia de una obligación de contratación en casos de monopolio o de bienes socialmente relevantes y compatible también con una revisión del contenido del contrato en casos de desequilibrio negocial. Pero que sigue garantizando la posibilidad de negarse a contratar con alguien por razón de su sexo o raza si la negativa no tenía lugar de forma vejatoria y no existía una dependencia de la víctima de la discriminación respecto del discriminador. Habrá entonces que preguntarse por la compatibilidad de esa libertad de contratación con la prohibición de discriminación de las Directivas.

5. Prohibición de discriminación versus libertad de contratación

5.1. Incompatibilidad de la libertad de contratación con la prohibición de discriminación

Sólo si priváramos a esas prohibiciones de discriminación de su singularidad podríamos afirmar que éstas son compatibles con la libertad de contratación. Tan sólo si negáramos su componente colectiva, que ve como víctima de la discriminación al sujeto individual y, al mismo tiempo, al grupo al que pertenece y su componente participativa, que concibe la igualdad no como redistribución de los bienes existente sino como participación en la determinación de éstos.

5.2. La componente colectiva del derecho de antidiscriminación

La prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios impuesta por las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE forma parte de un concepto más amplio de inclusión del otro, que no puede contentarse con garantizar la dignidad individual.

En tanto que el rasgo que identifica a la víctima de la discriminación como componente de un grupo, ya sea el sexo u origen racial, hace que se le prive de su individualidad, que se le vea tan sólo como miembro de ese grupo y se le atribuyan todas aquellas características, que se presume caracterizan al grupo, son necesarias medidas tendentes a garantizar la neutralidad de los no-miembros respecto de ese rasgo.

En un momento posterior podría bastar con la protección de la individualidad, con la protección de la dignidad. Pero la historia común de exclusión hace necesaria la contemplación de la pertenencia a ese colectivo. Es necesario ser consciente de reunir un atributo para poder romper con la definición vigente de éste, propugnada por aquellos que por tener la capacidad política han impuesto su concepción. Deberá impulsarse la discusión entre mujeres sobre lo que es una mujer,

einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern."

sobre si las particularidades del sexo femenino deben ser tenidas en cuenta y en su caso en qué medida. La tarea de definir lo que es una mujer, lo que supone la pertenencia a un determinado origen racial debe recaer sobre aquellos que reúnen dicha característica. De lo contrario, si lo hacen los que no la reúnen, lo femenino sólo se definirá como carencia, como lo diferente.

5.3. La componente participativa del derecho de antidiscriminación

La prohibición de discriminación tampoco puede agotarse en la garantía de redistribución de bienes que busca el Estado social, sino que requiere de la redefinición de esos bienes o derechos contando con la participación de colectivos, que han estado históricamente al margen. No se trata de que el Estado reparta los bienes, cuya protección se ha decidido como resultado de un consenso entre algunos, sino de que el Estado garantice la participación en igualdad de condiciones en la discusión, haciendo posible, si es necesario un nuevo consenso.

Pero para ello es necesario que se reconozca a todo sujeto su condición de interlocutor, una condición que se le está negando cuando se le niega la condición de contratante. La negativa a negociar, a contratar con alguien debido a su origen racial o a su sexo, pone de manifiesto una incomunicación en la sociedad civil, a la que el derecho de antidiscriminación trata de poner freno. Asumir esa incomunicación en nombre de la autonomía privada ignora que no es posible la autonomía privada sin autonomía política.

5.4. Conclusión

La inclusión de las prohibiciones de discriminación de origen europeo en el derecho de contratos de los Estados miembros supone abandonar unos paradigmas que, aunque ya han sufrido transformaciones por el paso de un Estado liberal a un Estado social siguen, en parte, vigentes. La ficción de la posibilidad de una realización totalmente individual juega todavía un papel importante en el derecho privado. Dicha ficción va quedando cada vez más relegada a un segundo plano, a la esfera privada, a un ámbito inviolable de configuración de la propia vida, "que sólo tiene el sentido de exigir para las limitaciones de dicho ámbito razones de peso, pero que no significa, que todos los derechos, que pueden ser utilizados para la configuración de una vida autónoma se refieran a la protección de esa esfera privada."⁵³. La idea de la autonomía cumple una función cuando de lo que se trata es de evitar el paternalismo al que puede ir asociado un Estado social, que se concibe como una entidad protectora y educadora, que sustituye la voluntad del individuo por aquella que considera debiera haber sido su voluntad y le priva de la responsabilidad que conlleva la libertad. No puede, sin embargo, pretender fijar límites a regulaciones que propugnan la ciudadanía de todos, sin autolimitarse.

⁵³ HABERMAS (1997), p. 483: "Deshalb kann die rechtliche Auszeichnung eines "unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung" nur den Sinn haben, dass fallweise Einschränkungen in diesem Bereich besonders gewichtige Gründe erforderlich sind; aber sie bedeutet nicht, dass sich alle Rechte, die für eine privatautonome Lebensgestaltung genutzt werden können, [...] auf den Schutz einer Privatsphäre beziehen."

6. Bibliografía

ADOMEIT, KLAUS (2006), "Political correctness – jetzt Rechtspflicht!", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2169-2171.

ADOMEIT, KLAUS (2002), "Diskriminierung – Inflation eines Begriffs", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1622-1623.

ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS (1993), "Autonomía privada y derechos fundamentales" *Anuario de Derecho Civil*, 57-122;

ALONSO GARCÍA, ENRIQUE (1983), "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", *Revista de Administración Pública*, 21-72.

BAER, SUSANNE (2004), "Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung – ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?" *Neue Juristische Wochenschrift*, 1623-1627.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO (1990), "Principio de igualdad y derecho privado" *Anuario de Derecho Civil*, 369-427.

BEZZENBERGER, TILMAN (1996), "Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht", *Archiv für die civilistische Praxis*, 395 434.

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, 819-842.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA (2006), "Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares", *Teoría y Realidad Constitucional*, 147, 189.

BURNS, NANCY; LEHMAN SCHLOZMAN, KAY y VERBA, SIDNEY (2001) *"The private roots of public action. Gender, equality, and political participation."*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

BUSCHE, JAN (1999), *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Mohr Siebeck, Tübingen.

CANARIS, CLAUDIUS-WILHELM (2000), "Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner "Materialisierung" ", *Archiv für die civilistische Praxis*, 273-364.

CANARIS, CLAUS-WILHELM (1984), "Grundrechte und Privatrechte", *Archiv für die civilistische Praxis*, 201-146.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL (1991), "El principio de no discriminación por razón de sexo", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 9-38.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1971), *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.

FERNÁNDEZ CRENDE, ANTONIO (2004), "Seguros de vida y discriminación sexual", *InDret* 4/2004.

HABERMAS, JÜRGEN (1997), *"Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats"*, 5ª Aufl., Suhrkamp, Frankfurt a. Main.

HILLGRUBER, CHRISTIAN (2002), en: UMBACH, DIETER/ CLEMENS, THOMAS (ed.), *Grundgesetz-Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg.

LEISNER, WALTER (1960), *Grundrechte und Privatrecht*, C. H. Beck, München.

NETTESHEIM, MARTIN (2004), "Ausprache und Schlussworte: Diskriminierungsschutz und Privatautonomie", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 410-411.

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.

PICKER, EDUARD (2004), "Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht" en: LORENZ, EGON (ed.) *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht*, 7-115.

PICKER, EDUARD (2003), "Antidiskriminierungsgesetz - der Anfang vom Ende der Privatautonomie?", *Juristenzeitung*, 880-882.

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*, 63-105.

ROELLECKE, GERD (1996), "Antidiskriminierung auf europäisch", *Neue Juristische Wochenschrift*, 3261-3262.

SÄCKER, FRANZ-JÜRGEN (2002), "'Vernunft statt Freiheit'- Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner - Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 286-290.

SCHACHTSSCHNEIDER, KARL ALBRECHT (2004), "Ausprache und Schlussworte: Diskriminierungsschutz und Privatautonomie", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 418.

VON MÜNCH, INGO (1999), "Antidiskriminierungsgesetz – notwendig oder überflüssig", *Neue Juristische Wochenschrift*, 260- 262.

WANDT, MANFRED (2004), "Diskriminierung und Versicherung" en: LORENZ, EGON (ed.), *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht*, 125-141.