
La prohibición de discriminación contractual: un asunto de dignidad humana, democracia y justicia^{*-**}

» MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL^{***}

RESUMEN. En el ámbito de los contratos resulta imperativo preservar los derechos fundamentales. El artículo trata en particular de la libertad, de la igualdad y de la no discriminación, con el propósito de señalar que la prohibición de discriminación contractual no se propone resolver un problema de acceso a los mercados, ni uno de mera tutela de la debilidad de quien la sufre, ni está exclusivamente dirigida a la garantía de la transparencia en el ámbito público de una oferta, sino que es un asunto de dignidad humana, de democracia y, en últimas, de justicia.

PALABRAS CLAVE: contratos, derechos fundamentales, igualdad, discriminación, dignidad humana, democracia, justicia, acceso a los mercados, transparencia.

* Fecha de recepción: 23 de mayo de 2022. Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2022.

Para citar el artículo: Neme Villarreal, M. L. “La prohibición de discriminación contractual: un asunto de dignidad humana, democracia y justicia”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 44, enero-junio 2023, 93-116. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.44.04>.

** El artículo es producto del proyecto de investigación Teoría General del Contrato a la Luz de los Principios, perteneciente a la línea de Derecho Contractual, en el grupo de investigación de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia.

*** Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; docente investigadora. Doctora en Derecho, Universidad de Roma “Tor Vergata”, Roma, Italia. Contacto: martha.neme@uexternado.uexternado.edu.co. Orcid: 0000-0002-0605-2018.

The Prohibition of Contractual Discrimination: A Matter of Human Dignity, Democracy and Justice

ABSTRACT. In the field of contracts, it is imperative to preserve fundamental rights; We will deal in particular with freedom, equality and non-discrimination, with the purpose of pointing out that the prohibition of contractual discrimination do not intend to solve a problem of access to markets, nor is a problem of mere protection of the weakness of those who suffer it, nor is it exclusively aimed at guaranteeing transparency in the public sphere of an offer, but rather it is a matter of human dignity, democracy and, ultimately, justice.

KEYWORDS: Contracts, fundamental rights, equality, discrimination, human dignity, democracy, justice, access to markets, transparency.

SUMARIO: Introducción. I. La protección de los derechos fundamentales resulta esencial en el derecho privado, y particularmente en las relaciones contractuales. II. El alcance de la protección contra la discriminación en materia contractual debe ser amplio, de forma que se garantice su tutela efectiva. III. La discriminación es fundamentalmente un asunto que atenta contra la dignidad humana. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El abordaje del tema de la discriminación en el ámbito del contrato parte del pleno convencimiento de que el contrato, como escenario de lo privado, no puede dejar de contemperar con lo social¹, por lo que, consecuentemente, resulta imperativo poner en evidencia las diversas formas en las que en el mundo de los negocios se transgreden los derechos fundamentales, bajo el pretendido amparo de la autonomía contractual.

Nos proponemos advertir acerca de los riesgos que comporta la ausencia de claridad sobre los límites de la autonomía, en cuanto su ejercicio pueda llegar a comportar la transgresión de los derechos fundamentales; no obstante ello parezca evidente, observamos con perplejidad que está cubierto de un manto de ambigüedad y de sesgados entendimientos, fundados en un exacerbado positivismo contractual,

1 Perlinger, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles, ESI, 1983, 92, quien sostiene que “agotar en el derecho civil el rol del principio de igualdad en aquel de la paridad de tratamiento significaría dejar por fuera del ámbito privado y de sus instituciones fundamentales una de las principales innovaciones constitucionales, es decir, la reconciliación entre lo individual y lo social, entre la lógica retributiva y aquella distributiva. Y esto solo sería posible si el intérprete excluyera el uso de la normativa constitucional en la reconstrucción de las instituciones civiles y, por lo tanto, la eficacia de las normas constitucionales particulares en las relaciones privadas”.

Nota: todas las traducciones de las citas de obras italianas son de la autora.

que pretende mantener al derecho privado –y, en particular al contrato– segregado y ajeno a la observancia de los valores que sustentan el entero ordenamiento.

Pretendemos ocuparnos en particular de la libertad, de la igualdad y de la no discriminación, como algunos de los derechos fundamentales que con mayor frecuencia resultan vulnerados en los negocios privados. Para ello acudimos al examen de casos paradigmáticos en los que su vulneración resulta patente en el derecho contemporáneo.

Es así mismo de nuestro interés poner al descubierto que, a la luz de las exigencias de un Estado social de derecho, resultan insostenibles los razonamientos en que se funda parte de la doctrina, al restringir el problema de la discriminación contractual a su mínima expresión: en cuanto se pretende reducir la tutela de los derechos vulnerados solamente a los casos en que esta comporte un problema de acceso a los mercados, o se la considera solo como un asunto de tutela de la debilidad de quien sufre la discriminación, o se la limita a la pretensión de garantía de la transparencia en el ámbito público de una oferta. A efectos de resolver el señalado problema acudiremos al método de la tópic, mediante el uso de las herramientas que provee el derecho comparado.

En este sentido nos proponemos formular una argumentación dirigida a demostrar que el problema de la discriminación contractual trasciende los estrechos límites del contrato, al evidenciar que se trata de un asunto de dignidad humana, de democracia y, en última instancia, de justicia.

I. La protección de los derechos fundamentales resulta esencial en el derecho privado, y particularmente en las relaciones contractuales

Ciertamente la protección de los derechos fundamentales no resulta ajena al derecho privado, pues la necesidad de proteger los derechos fundamentales está presente no solo respecto de las posibles violaciones que deriven de normas de derecho público, sino también y muy frecuentemente de aquellas que puedan provenir de las actuaciones de los particulares², quienes pueden intervenir en los derechos fundamentales de modo tan intenso como las normas de derecho público o las actuaciones del Estado,

2 Lo cual se evidencia con mayor intensidad debido a los nuevos roles del contrato: complejidad de las estructuras contractuales que involucran en muchos casos intrincadas coligaciones negociales como producto de la creación de redes contractuales, asunción de funciones públicas mediante el instrumento contractual, adopción de un carácter de mecanismo organizacional con vocación de perdurabilidad que desborda su tradicional función de intercambio, asunción de un amplio rol normativo del contrato respecto de intereses colectivos o públicos; lo que resalta el surgimiento de dimensiones sociales y políticas en el ámbito del contrato que comportan una exigencia de reinterpretación de los límites de la autonomía contractual en función de la tutela de los derechos fundamentales. Tal y como lo explica Rodríguez Olmos, J. M., “Más allá del contrato por medio del contrato”, en Neme Villarreal, M. L. (ed.), *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, 145-194.

con la particular dificultad de que, en materia de derecho privado, a ambos lados de la relación se oponen núcleos de derechos, en principio en un plano de paridad, entre los que se suscita conflicto, como advierte Canaris³. Por tal razón no resulta extraño que el escenario del derecho privado, y particularmente el del derecho de contratos, constituya uno de los más propensos a la violación de las libertades fundamentales.

Así por ejemplo, a pesar de que la discriminación por la condición de pobreza está proscrita y el Estado está comprometido con el logro de la inclusión social mediante políticas públicas diseñadas para beneficiar a los sectores desfavorecidos o segregados de la población⁴, no dejan de presentarse eventos de discriminación contractual basados en la condición económica de las partes⁵, en la raza⁶, en el género⁷,

3 Canaris, C. W., *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, Almedina, 2009, 24, 25, 38 y 129.

4 Corte Constitucional, sentencia C-110 del 22 de febrero de 2017.

5 Hace poco tiempo Colombia se conmocionó por el episodio de discriminación que vivió el Sr. José López en un restaurante de El Poblado, en Medellín, quien después de interpretar unas canciones en el establecimiento fue invitado a almorzar en el lugar por uno de los comensales y la administradora del lugar se negó a servirlo, en una evidente discriminación por pobreza. Cfr. El Tiempo, “Habla don José, quien fue discriminado en un restaurante de Medellín”, [en línea], disponible en: <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/habla-don-jose-quien-fue-discriminado-en-un-restaurante-de-medellin-214978> [consultado el 19 de septiembre de 2021].

6 En Italia un ciudadano de Senegal no fue atendido por el dependiente, quien se negó a entregarle una bebida ya pagada; luego de haber esperado en vano, el empleado le dejó sobre el mostrador el dinero pagado diciéndole que “de gente como usted, no tenemos necesidad aquí”. El Tribunal de Roma, Sección Civil, en ordenanza depositada el 16 de julio de 2008, declaró que en desarrollo del artículo 43, inciso 2, literal b, del d. lsg. 286/1998, rehusarse a servir a un ciudadano en un local público por razón de su raza es un acto de discriminación. En Colombia, la Corte Constitucional, en sentencia T-955 de 2003, precisó que el derecho a la propiedad colectiva de los territorios de las comunidades negras implica para estas el derecho a gozar y disponer de los recursos naturales renovables presentes en dichos territorios, respetando la sostenibilidad de los mismos, en observancia de la regulación medioambiental. Esto en el ámbito de la acción propuesta por el Consejo Comunitario Mayor de la Cuenca del Río Cacarica contra el Ministerio del Medio Ambiente, en la que se reclamó contra la explotación por parte de terceros en los territorios comunitarios, sin ningún tipo de intervención por parte de la autoridad ambiental, en clara discriminación de la comunidad afrodescendiente. Sobre el particular, cfr. Corte Constitucional, sentencia T-601 del 2 de noviembre de 2016, en donde el tribunal reconoció la existencia de un patrón discriminatorio estructural en las diversas entidades encargadas de llevar a cabo los procesos de titulación colectiva de la tierra para las comunidades negras, palenqueras y/o raizales.

7 Una empresa petrolera colombiana se negó a contratar a una señora en las funciones de vigilancia, a pesar de reunir los requisitos para el desempeño de estas, por ser mujer. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-247 del 15 de abril de 2010. Sostuvo la Corte que la exigencia de igualdad en el Estado constitucional es predicable de cualquier actuación que lleven a cabo los sujetos que en virtud de su situación de autoridad tengan la posibilidad de afectar los derechos fundamentales, y agregó que “el principio de libertad de empresa no resulta *suficiente* para justificar una excepción al principio de igualdad cuando de acceso a oportunidades laborales se trata, [...] [pues] el género como factor de selección de ingreso al trabajo es un criterio que debe estar acorde con el resto del ordenamiento constitucional. En este sentido la utilización del género debe responder a un criterio estricto de proporcionalidad; [...] [y] la medida que lo incorpore deberá superar consideraciones relativas a la idoneidad, la necesidad y la esencialidad”.

en la orientación sexual⁸, en la nacionalidad⁹, en la filiación¹⁰, en el credo religioso¹¹, en el origen étnico¹², en la condición de salud¹³, entre otros.

- 8 En la ciudad de Cali, una pareja homosexual fue expulsada de un centro comercial por realizar manifestaciones de afecto en su interior. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-909 de 2011. Sostuvo la Corte que “besarse de modo romántico con la pareja, sea o no homosexual, hace parte de los espacios de libertad individual que toda persona natural posee a la luz de su dignidad para vivir como se quiere, para su libre desarrollo personal y para el derecho a no ser molestado en esa elección específica que sólo a él o ella interesa. [...] [De manera que] no está dentro de las facultades de la copropiedad que constituye jurídicamente el centro comercial, el disponer de restricciones a los ámbitos ius fundamentales de las libertades, que no estén previstas por la ley y que por tanto hagan parte de la autonomía de los individuos y de la forma de disponer de sus asuntos propios”.
- 9 En Europa, un ciudadano “extracomunitario” debió pagar un sobreprecio considerable por el canon de arrendamiento, debido a su nacionalidad; así mismo, en un restaurante del norte de Italia el listado de precios para comensales extranjeros resultó ser mucho más costoso que para los locales. Al respecto, el Tribunal de Padua, en ordenanza del 19 de mayo de 2005, sostuvo que la conducta de aplicar a los extranjeros precios superiores respecto de los cobrados por el mismo consumo a los ciudadanos italianos es discriminatoria, por lo que deben ser resarcidos los perjuicios con ello ocasionados.
- 10 Un prestante club bogotano se negó a extender a un niño la calidad de socio de la cual disfrutaría dado que su padre era socio activo del mismo, en razón a que el niño no había nacido dentro de un matrimonio formalmente celebrado. Véase Corte Constitucional, sentencia T-433 de 2008. Sostuvo el tribunal: “resulta menester entonces que la Sala aclare si en virtud de la autonomía que ejerce el club para darse un estatuto propio, como persona de derecho privado, éste está validado constitucionalmente para introducir disposiciones que –como en el presente caso– son clara y abiertamente inconstitucionales. La respuesta que en el presente caso da la Corte es rotundamente negativa. Aceptar lo contrario sería tanto como reconocer que la libertad de asociación para conformar un club de las características del que aquí se demanda, tiene un carácter absoluto, sin límites[,] y que siempre debe prevalecer sobre los derechos fundamentales de las demás personas, naturales o jurídicas. Adicionalmente, de tener por válida la tesis según la cual en las relaciones entre los particulares no rige la Constitución, por contra estaríamos aceptando un sistema de protección de los derechos fundamentales deficiente”.
- 11 Un banco colombiano le negó a un particular la apertura de una cuenta corriente y la activación de una tarjeta de crédito debido a que este se desempeñaba como pastor religioso de una iglesia cristiana. En sentencia T-763 de 2005, la Corte Constitucional señaló que la condición religiosa no puede ser el motivo que impida el acceso a los servicios bancarios, pues la “exclusión de clientes debe responder sólo a factores objetivos y razonables que impliquen riesgo económico para la entidad”.
- 12 Un proveedor de servicio de televisión, ante la solicitud de un usuario, se negó a transmitir la señal del canal local de una comunidad étnica raizal colombiana por considerar que la promoción de su identidad cultural era irrelevante. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-599 de 2016, en la que el tribunal sostuvo que el operador del servicio de televisión “ha debido tener en cuenta el fuerte componente étnicamente diferenciado de buena parte de los habitantes de esa región, su apartamiento geográfico respecto del continente y la necesidad de adoptar medidas suficientes para asegurar su ingreso y participación en el proceso comunicativo de la nación”. Y en sentencia T-601 de 2016 precisó la Corte que “del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta. Este carácter, reconocido[,] alude a los pueblos indígenas y tribales, entre éstos a las comunidades negras”.
- 13 Evidente en los casos de discriminación “en la contratación de seguros de salud y vida cuando el tomador es una persona con discapacidad (p. ej., con Síndrome de Down, esto es, por el mero hecho de tener un cromosoma más), con VIH o diabetes, sumándose ahora una nueva condición de salud, el Covid-19 [...]. Dicha discriminación por parte de la compañía aseguradora puede consistir [...] bien en el rehúse a contratar el seguro o bien en la imposición de condiciones más onerosas o gravosas

Todo esto al amparo de la autonomía privada, pues en nombre de la libertad contractual se perpetran conductas discriminatorias, no obstante que las disposiciones de orden constitucional lo proscriben. El hecho es que los particulares se sienten respaldados por aquella en sus reglamentos, estatutos, manuales de comportamiento y admisión; en la interpretación que dan a sus condiciones generales de contratación; en fin, en la manera en la que estiman adecuado regular el ejercicio de sus actividades privadas.

En el caso colombiano, la Constitución Política proclama la igualdad, la libertad y la diferencia y, en consecuencia, protege la dignidad humana¹⁴ y prohíbe toda forma de discriminación¹⁵ por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, diversidad étnica y cultural, y condición de debilidad de grupos sociales minoritarios¹⁶. Estos preceptos, que han sido desarrollados en varias disposiciones legales¹⁷ e interpretados ampliamente por la

sin una justificación objetiva, proporcionada y razonable”. Vivas Tesón, I., “El derecho contractual antidiscriminatorio: *Drittwirkung* y libertad negocial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n.º 1, 2021, 673, doi: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5976>, [consultado el 1 de septiembre de 2022]. Discriminación que se ha extendido a los profesionales de salud en contacto con pacientes afectados por enfermedades altamente contagiosas como el Covid 19, la cual se ha dado en denominar “discriminación por asociación - por vinculación o refleja” (ibíd., 674).

- 14 Art. 1 C.P.: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República [...] democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana...”.
- 15 Art. 13 C.P.: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”; art. 7.º C.P.: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”; art. 70 C.P.: “... El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las [diversas manifestaciones culturales] que conviven en el país...”.
- 16 Art. 13 C.P.: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”; art. 7.º C.P.: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”; art. 70 C.P.: “... El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las [diversas manifestaciones culturales] que conviven en el país...”. Igualmente, la Constitución contiene mandatos específicos de igualdad (arts. 19, 42, 43 y 53 C.P.), restringe los derechos a ciertos grupos de la población o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (arts. 7.º y 13 C.P.).
- 17 Entre ellas la Ley 1482 de 2011, que tiene por objeto garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que sean vulnerados a través de actos de racismo o discriminación; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada mediante la Ley 22 de 1981; la Convención sobre la eliminación de todas las

jurisprudencia, han conducido a una concepción fuertemente tuitiva de la igualdad¹⁸, de manera que se proscriben con gran fuerza las conductas, actitudes o tratos discriminatorios, ya sea que se realicen de forma directa o indirecta¹⁹, consciente o inconscientemente, en cuanto conduzcan a anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, en detrimento de sus derechos fundamentales²⁰.

En el caso europeo, el Tratado de la Unión Europea, dispone que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos, en las libertades fundamentales y en el Estado de derecho; en particular, su artículo 19 otorga facultades al Consejo de Europa para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual²¹. A su vez, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea específicamente prohíbe cualquier forma de discriminación tanto por las razones señaladas como, adicionalmente, por el color de la piel, las características genéticas, el patrimonio, la edad, las discapacidades, las tendencias sexuales y la ciudadanía²².

Así mismo, en el contexto de la Unión se han expedido una serie de directivas relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato en general y, en particular, en materia de racismo, xenofobia y antisemitismo, de inmigración, de igualdad de género, de empleo y ocupación, así como en punto al acceso a bienes y servicios, entre otras²³.

formas de discriminación contra la mujer, aprobada mediante la Ley 51 de 1981; y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009.

- 18 Corte Constitucional, sentencia T-030 de 2017: “la Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; ii) material, en el sentido [de] garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación[,] que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras”.
- 19 Corte Constitucional, sentencia T-030 de 2017: “La discriminación puede revestir diversas formas. En efecto, es directa cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado, injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones, entre otras. La discriminación es indirecta cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, lo que produce lesiones y vulneraciones de sus derechos fundamentales o limitan [*sic*] el goce de estos. En ese sentido, las medidas neutrales en principio no implican factores diferenciadores entre las personas, pero producen desigualdades de trato entre unas y otras”.
- 20 Corte Constitucional, sentencia T-1090 de 2005. Cfr. también Corte Constitucional, sentencias T-406 de 1992 y T-881 de 2002; así como T-624 de 1995, T-026 de 1996, T-1090 de 2005, T-131 de 2006, T-385 de 2006, T-140 de 2009 y T-247 de 2010.
- 21 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 19, núm. 1.
- 22 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 21.
- 23 Cfr. Directiva 2000/43/CE, del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva

Esta disfuncionalidad entre la claridad de las normas públicas y el entendimiento de los privados respecto de la extensión de su autonomía hace imperiosa la intervención del Estado a fin de tutelar el derecho de las personas frente a la discriminación y establecer con claridad los límites de los derechos en tensión.

En este orden de ideas, el alcance de las facultades del Estado es amplia en aras del logro de una tutela efectiva de los derechos fundamentales y, en particular, de la dignidad humana²⁴, lo cual comporta la realización de acciones concretas tendientes a garantizar la prohibición de discriminación, a fomentar la inclusión social y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados acorde con los presupuestos de la dignidad humana²⁵.

II. El alcance de la protección contra la discriminación en materia contractual debe ser amplio, de forma que se garantice su tutela efectiva

La naturaleza de la intervención del Estado debe garantizar de manera efectiva la tutela de las personas contra la discriminación en todos los ámbitos y, por ende, también debe intervenir en el ámbito de la contratación.

Así lo ha hecho expresamente la Unión Europea por diversos medios en varios ámbitos en los que ha confrontado el ejercicio de la de la autonomía contractual con el respeto de los derechos fundamentales de las partes intervinientes.

En efecto, una postura expresamente contraria a la discriminación en materia contractual ha sido recogida en instrumentos de armonización como el Marco Común de Referencia para el Derecho Europeo de Contratos, que introduce la prohibición de discriminación por razones de sexo, origen étnico o racial a una persona

-
- 2000/78/CE, del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, 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; Directiva 2004/113/CE, del Consejo, del 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; 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de julio 2006, sobre paridad de oportunidades entre hombres y mujeres en materia de ocupación y empleo; entre otras.
- 24 Como señala el tribunal de constitucionalidad colombiano: “todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana”. Corte Constitucional, sentencia T-881 del 17 de octubre del 2002, considerandos 24 y 29, en donde se identifica como ámbitos de protección de la dignidad humana la autonomía individual, las condiciones materiales de existencia y la integridad física y moral.
- 25 Carvajal Sánchez, B. A., *La dignidad humana como norma de derecho fundamental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, 159.

en relación con la celebración de un contrato u otro acto jurídico cuyo objeto sea acceder o suministrar bienes o servicios disponibles para el público²⁶.

En el ámbito del derecho de consumo, los Principios del Derecho Contractual Comunitario (en adelante ACQP)²⁷, elaborados sobre la base de un proceso de sistematización y generalización de reglas existentes en el acervo comunitario, incorporan ampliamente en el derecho de los contratos la prohibición de discriminación, basada en el sexo, raza u origen étnico²⁸; en ellos se entiende por discriminación el trato desfavorable, incluidas las situaciones en que criterios, prácticas o disposiciones aparentemente neutras pongan en situación de particular desventaja a las personas que poseen características diversas, así como todo comportamiento que viole la dignidad de una persona, sea intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, incluidos los de carácter sexual, al igual que se considera discriminatorio el impartir instrucciones de discriminar²⁹.

En dichos eventos, según los aludidos principios, la persona discriminada tiene derecho al resarcimiento del daño patrimonial y extrapatrimonial en proporción al daño sufrido, tasación en la que puede tenerse en cuenta incluso el efecto disuasivo en ejercicio de una función preventiva y punitiva de la responsabilidad³⁰; así mismo, cuando se entienda apropiado, la tutela comporta el derecho a eliminar las consecuencias del acto discriminatorio y a prevenir una ulterior discriminación³¹. De igual manera, se admite la presunción de discriminación y se produce la inversión de la carga de la prueba en favor del discriminado³².

Ahora bien, en el ámbito normativo, el Consejo de Europa ha expedido la Directiva 2000/43/CE, del 29 de junio de 2000, sobre prohibición de discriminación³³ tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico que afecte el acceso

26 *Draft Common Frame of Reference*, art. ii.- 2:101: “A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to the public”.

27 Los Principios del Derecho Contractual Comunitario se conocen como *Acquis Principles* o ACQP.

28 ACQP, art. 3: 10.

29 ACQP, art. 3: 102. Por el contrario, no se considera discriminatorio un tratamiento desigual que encuentre justificación en una finalidad legítima, siempre que los medios utilizados para realizar tal finalidad sean apropiados y necesarios (art. 3: 103).

30 Corte Suprema italiana, Cass. civ., sez. un. 5-7-2017, n. 16601.

31 ACQP, art. 3: 201: Remedios; art. 3: 202: Contenido de los remedios.

32 ACQP, art. 3: 203: Carga de la prueba.

33 Directiva 2000/43/CE, del Consejo, del 29 de junio de 2000, art. 2: “Concepto de discriminación: [...] 2. A efectos del apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”.

y suministro de bienes y de servicios disponibles para el público y la oferta de estos; la Directiva 2000/78/CE, del 27 de noviembre de 2000, relativa a la igualdad de trato en el empleo, que prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual, religión o convicciones, edad o discapacidad en el ámbito del empleo, y la Directiva 2004/113/CE, del 13 de diciembre de 2004, en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, prohibiendo la discriminación por género respecto del suministro de bienes y servicios disponibles para el público, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y en las transacciones que se efectúen en ese contexto.

Lo que resulta paradójico es que una tan abundante y expresa normativa que tiende a tutelar el derecho a la igualdad en Europa, específicamente en materia contractual, encuentre en la doctrina una fuerte resistencia a una interpretación más amplia del contenido y ámbito de aplicación de tal protección, que permita una tutela efectiva de tales derechos. En efecto, parte de la doctrina italiana asume una postura en la que, si bien admite la necesidad de adoptar medidas contra la discriminación en materia contractual, restringe fuertemente dicha intervención, en la medida en que antepone como valor fundamental y prioritario el de la autonomía contractual, la cual bajo este razonamiento termina por imponerse sobre valores como la igualdad y la dignidad humana misma³⁴.

A. La tutela del principio de igualdad en términos de vedar la discriminación no puede estar reducida al ámbito de las ofertas públicas

El reconocimiento de la prohibición de discriminación en materia contractual se restringe al ámbito de los bienes ofrecidos al público, argumentándose al efecto el carácter restrictivo de las intervenciones del Estado en las elecciones contractuales, las cuales por principio serían, a la luz de esta postura, “incuestionables”; de manera que si la discriminación se produce en el ámbito de una oferta pública, se justificaría excepcionalmente la intervención en la medida en que resultaría inequitativo que quien se sirve de un área pública del mercado, al efectuar una oferta de esta natura-

34 Sostiene al efecto Navarretta: “Si bien es evidente que las desigualdades deben ser combatidas, es también cierto que, roto el velo de la igualdad formal, son tales y tantas las posibles diversidades reales que, de secundarlas todas, se corre el riesgo de poner en constante discusión la obligatoriedad del acuerdo. [...] [S]i el objetivo de la igualdad en concreto en el acceso al contrato debe inducir a un juicio sobre la elección negocial, realizar un control muy amplio e invasivo podría amenazar la misma autonomía que es el fundamento del contrato”. Navarretta, E., “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre, 2014, 134-35. Las anteriores afirmaciones no pueden dejar de observarse con perplejidad frente al clarísimo mandato de la Constitución italiana, que en su artículo 4 dispone: “La iniciativa económica privada es libre. No puede desarrollarse en perjuicio del interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana”. Mandato reafirmado en el ámbito comunitario por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, en la que se hizo prevalecer la tutela de la dignidad sobre la libertad de prestación del servicio en sentencia del 18 de octubre de 2004.

leza, obstaculice a su vez el propio mercado con barreras contrarias a los valores del ordenamiento, como lo serían la adopción de medidas discriminatorias, a lo que se agrega que solo en una oferta pública existirían elementos comparativos que permitirían establecer la disparidad de trato³⁵.

Respecto a estas aseveraciones quisiera señalar, en primer término, que el carácter de “incuestionables de las decisiones contractuales” resulta evidentemente contrario a toda exigencia de equidad, de buena fe, de consonancia del ámbito privado con los valores constitucionales que se erigen en límite de la autonomía privada³⁶, y, particularmente, transgrede el principio de dignidad humana; como es evidente, parte de la petición de principio de que dicha autonomía es absoluta, que es intangible, que no debe conciliarse con valores superiores, bajo el falso presupuesto de que estos valores resultan irrelevantes para el ejercicio de la autonomía contractual. En fin, esta postura responde al más atrabiliario voluntarismo, insostenible a la luz de los valores de un Estado social de derecho.

Sostener, además, que en la contratación individual no es posible una comparación que permita establecer el trato discriminatorio, alegando que no sería factible o no se justificaría realizar una comparación de los motivos subyacentes a dos negociaciones³⁷, es desconocer que la regla general que contiene la prohibición de discriminación contiene a su vez los elementos objetivos (sexo, edad, raza, orientación sexual, origen étnico, nacionalidad, etc.) que a la luz de la praxis en este tipo de situaciones pueden perfectamente compararse con un modelo abstracto de conducta exigible a fin de excluir el abuso que comporta la discriminación³⁸. Es bajo esta lógica que la Corte Constitucional colombiana ha hecho especial énfasis en que la tutela efectiva del derecho a no ser discriminado exige dotar a las potenciales víctimas de instrumentos como la presunción de discriminación y la inversión de la carga de la prueba³⁹.

De otra parte, reducir el control contra la discriminación contractual solo al ámbito de las ofertas públicas resulta claramente insuficiente⁴⁰, pues el respeto del

35 Navarretta, E., *Principio de igualdad*, cit., 136-137.

36 Cfr. Oppo, G., “Eguaglianza e contratto nelle società per azioni”, *Rivista di diritto civile*, n.º 1, 1974, 632 ss., para quien, “más allá de las hipótesis de *Drittwirkung* en sentido propio, que permiten hacer responsable al Estado de la vulneración de los derechos fundamentales de sus ciudadanos por parte de otros particulares al omitir tomar medidas que impidan ese daño, es impensable que un valor esencial de la comunidad nacional, mejor dicho, el valor esencial que la funda como Estado de derecho y como estado social, venga a ser irrelevante por obra de los particulares, con fundamento en la autonomía a ellos conferida por el ordenamiento, en el ámbito de la comunidad misma”.

37 Navarretta, E., *Principio de igualdad*, cit., 137.

38 Como lo reconoce Navarretta: “para justificar la operatividad de la prohibición únicamente en la oferta al público no basta aducir la presencia en este ámbito de un término de comparación, ya que aun en una negociación individual la discriminación declarada hace explícita una comparación virtual” (ibíd., 143).

39 Corte Constitucional, sentencia T-141 del 7 de marzo de 2017.

40 En este sentido Vivas, I., *El derecho contractual antidiscriminatorio*, cit., 690, 691, quien sostiene que “la prohibición de discriminación también se aplica a los intercambios de bienes y servicios individuales, en los que no puede existir una suerte de absoluta impunidad ante vulneraciones de los

principio de igualdad y la preservación de la dignidad humana, afectados con los actos de discriminación, en cuanto valores constitucionales sustanciales y, por demás, como principios generales que son, no pueden ser relegados al ámbito de un mercado público, sino que deben ser respetados en todos los contextos sociales.

Bajo este presupuesto coincidimos con la postura de Gentili, quien señala que “una tesis que reduce la prohibición de una grave humillación de la dignidad de la persona al hecho de que tal humillación no contribuye al mercado genera algo más que perplejidad”⁴¹. En efecto, genera, a nuestro juicio, indignación, en cuanto constituye una subversión de valores, en la que prevalece una clara postura utilitarista, conforme a la cual todos los valores, incluida la dignidad humana, deben estar al servicio de la eficiencia del mercado.

B. La posibilidad de acceso al mercado como presupuesto de protección contra la discriminación resulta insuficiente y desnaturaliza el derecho a la igualdad

Ciertamente, el ejercicio efectivo del poder de la autonomía y la garantía de acceso al mercado en condiciones de igualdad se revelan insuficientes para cubrir las necesidades de tutela de la persona, comoquiera que lo que se tutela, en últimas, es la dignidad humana y no la mera posibilidad de adquirir bienes o servicios o de participar en un mercado⁴².

De suerte que no resultan de recibo los argumentos que se esgrimen en el sentido de que la prohibición de discriminación debe valorarse a la luz de la posibilidad de la persona discriminada de dirigirse a otros contratantes, en materia laboral, o de acceder a otros intermediarios en el mercado, de manera que, si tal posibilidad subsiste, la sanción por discriminación no tendría lugar⁴³.

Igualmente, inadmisibles resultan aquellos argumentos relativos a que la tutela de la discriminación está ligada a que el discriminado sea un sujeto débil contrac-

principios y valores constitucionales”; y agrega: “Creemos que ello no puede admitirse, puesto que atenta frontalmente contra los valores esenciales del ordenamiento jurídico y, en definitiva, contra la dignidad de la persona”.

- 41 Gentili, A., “Il principio di non discriminazione nei rapporti civili”, *Rivista critica del diritto privato*, vol. 27, n.º 2, 2009, 225.
- 42 Al respecto sostiene Rodotà que en el ámbito del contrato la dignidad se manifiesta como una exigencia de comercio justo y solidario; la dignidad asume la función de medida de lo que puede responder a la lógica económica y de lo que es incompatible con este tipo de cálculo; y concluye que “la dignidad implica la imposibilidad de reducir a la persona y sus derechos al mero ámbito de mercado”. Rodotà, S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 192-193.
- 43 Cfr. Navarretta, E., *Principio de igualdad*, cit., 144: “esta misma razón impide proyectar *tout court* por fuera de la previsión normativa la prohibición de discriminación prevista en relación con el acceso al contrato de trabajo, ya que si la intervención normativa se justifica como acción positiva –pero no imprescindible– a favor del acceso a un valor de rango constitucional, también es cierto que *la discriminación individual no perjudica en absoluto el derecho del sujeto a dirigirse a otros contratantes* y, por tanto, el modelo normativo no es suficiente para soportar una proyección sistemática por fuera del campo operativo de la ley” (cursivas fuera de texto).

tualmente hablando, pues solo su “falta de alternativas en el mercado o factores contingentes que afectan su plena autonomía” justificarían la intervención que detenga la discriminación; se trata de un razonamiento basado, de nuevo, en el cuestionable argumento de que el equilibrio de valores tiene como límite el que “no puede eliminar o alterar en su esencia la autonomía”⁴⁴. Ello por cuanto la prohibición de no discriminación no tutela la debilidad de una persona, sino su dignidad como persona, frente a lo cual su condición de débil o no, o su posibilidad de acceder a un mercado, resultan irrelevantes.

C. En un Estado social de derecho no existen razones valederas para excluir del control contra la discriminación contractual que se presenta en el ámbito familiar

Si entendemos la prohibición de discriminación como esencial en toda sociedad democrática y comprendemos su estrecho ligamen con la protección de la dignidad humana, eje del Estado social de derecho, no encontramos razones valederas para excluir de la tutela antidiscriminatoria en materia contractual la realizada en el ámbito familiar⁴⁵, como si solo en el escenario de la contratación en masa, o en general en aquella que se realiza mediante una declaración dirigida al público, se transgrediese el principio de igualdad que veda toda discriminación; como si la discriminación que se concreta en el ámbito de la contratación individual o incluso en el ámbito familiar fuese tolerable. No podemos dejar de recordar aquí la incansable lucha de las empleadas del servicio doméstico, de las cuidadoras de niños y ancianos, por evitar las discriminaciones que han sufrido por centurias, no solo en el ámbito laboral, sino como consecuencia del maltrato y las humillaciones que se producen en el seno íntimo de la familia, y que no por ello dejan de ser abominables ni dejan de ameritar una tutela imperiosa contra la discriminación.

44 Navarretta, E., *Principio de igualdad*, cit., 150, quien sostiene asimismo: “no se puede caer en la tentación de considerar automáticamente al sujeto discriminado como sujeto débil: lo será solamente si se presentan razones de efectiva debilidad contractual, relacionadas con la falta de alternativas en el mercado o con factores contingentes que afectan su plena autonomía, de acuerdo con el modelo de la *unfair exploitation*. El contrato no solo no debe entrar en conflicto con los valores de la persona, sino que puede ser también instrumento de promoción de tales valores, siempre y cuando ello se presente dentro del límite del equilibrio de valores que no pueden eliminar o alterar en su esencia la autonomía, sino que deben preservar el contrato, siendo el mismo funcional al bienestar de la persona”.

45 Como sostiene, sin proporcionar argumentación que respalde sus afirmaciones, Vivas, I., *El derecho contractual antidiscriminatorio*, cit., 684: “repare el lector [en] que se requiere que los bienes y servicios estén disponibles al público, de modo que deja fuera las transacciones que tengan lugar en el seno de la vida privada o familiar, a las que la norma comunitaria no resulta de aplicación, como tampoco al contenido de los medios de comunicación o de la publicidad[,] ni a la educación, ni a los asuntos relacionados con el empleo y la ocupación”.

D. El avalar la discriminación oculta en nombre de la libertad individual promueve una cultura individualista de intolerancia que resulta incompatible con los valores humanistas de un Estado social de derecho

De otra parte, se sostiene que la ofensa a la dignidad por discriminación resulta reprochable solamente en cuanto sea explícita, pues de lo contrario estaría protegida por la esfera privada de la persona; lo cual excluiría de control la discriminación que tenga lugar en todos los contratos celebrados mediante negociación individual en los que no se explicita la razón por la que no se contrata o se hace la contratación en términos diversos, a pesar de que dicha razón sea discriminatoria, pues con ello resurgiría la relevancia del derecho a la intimidad y, en el decir de esta doctrina, “su capacidad de prevalecer sobre la dignidad en el equilibrio de intereses”⁴⁶.

Esto, como si el silencio pudiese eliminar la humillación de quien se sabe discriminado, y como si las omisiones no constituyeran conductas por las que debemos responder en cuanto lesivas del derecho de otros. Por lo demás, la tutela del derecho a la igualdad, y consecuentemente a no ser discriminado, debe garantizarse objetivamente, no pudiendo supeditarse a que quien discrimina explicita la discriminación; de lo contrario habremos otorgado al discriminador el poder de hacer efectiva la violación del derecho por vía del expediente de callar el motivo. Lo que, ciertamente, anulará la tutela del derecho y promoverá la discriminación. El avalar la discriminación oculta al amparo de la libertad individual y promueve una cultura individualista de intolerancia que resulta incompatible con los valores humanistas de un Estado social de derecho.

Resulta paradójico que la doctrina exprese preocupación por el eventual quebranto al derecho a la igualdad de quien calla los motivos discriminatorios que lo animan a no contratar o a contratar en condiciones diversas, respecto de quien los expresa, dado que en su entender este último, que en su decir obra con transparencia, estaría siendo objeto de un tratamiento diferenciado que lo perjudica⁴⁷, cuando en verdad la preocupación debería centrarse en la tutela del derecho de quien está siendo discriminado y no en la del discriminador que usa subterfugios para lograr que la discriminación se concrete.

En este orden de ideas, la doctrina partidaria de una protección menguada del derecho a la no discriminación propone centrar el debate en la imposibilidad de solicitar siempre y *ab initio* la motivación de las propias elecciones contractuales, y en tal sentido afirma que ello “significa convertir la libertad contractual en el ejercicio

46 Navarretta, E., *Principio de igualdad*, cit., 136-137.

47 *Ibíd.*, 138-139, donde se sostiene: “un tratamiento diferenciado entre la discriminación declarada, considerada por hipótesis como fuente de responsabilidad, y la discriminación no declarada, considerada –siempre por hipótesis– exenta de la misma, implicaría, en el plano sustancial, una solución hipócrita, pero sobre todo una solución irrazonable, ya que, en condiciones de igualdad, un tratamiento diferenciado perjudicaría a quien negocia con transparencia respecto de quien se vale del silencio”.

de una actividad constantemente sujeta a un control de la discrecionalidad, lo que no equivale a una pura limitación, sino a una alteración conceptual radical de la autonomía, es decir, a su negación”; a lo que agrega que “una conclusión similar es inaceptable si se comparte la tesis de que la autonomía contractual tiene fundamento constitucional”⁴⁸.

Al respecto se hace necesario reiterar que la discrecionalidad en el ejercicio de la autonomía no es absoluta, y que si bien la autonomía contractual posee rango constitucional, la igualdad y la dignidad humana también lo poseen y, por demás, la autonomía que se tutela es la que se ejerce de manera legítima, sin vulnerar otros principios constitucionales; de manera que no puede presuponerse el imperio absoluto de la autonomía sobre los demás valores constitucionales, ni pretender que el silencio se erija en mecanismo legítimo que oculte la discriminación e impida su repudio.

En efecto, como lo sostiene Hinestrosa, la libertad contractual no es absoluta, y ya de antaño la ley prevé los contratos excluidos, los diversos eventos de contratación forzada, las restricciones a la libertad de escoger contraparte, y ahora, por sobre estas, la prohibición general de discriminación; pues, como señala el propio maestro Hinestrosa, “el derecho del presente es especialmente aprensivo delante de la discriminación que afecte la dignidad de las personas”⁴⁹.

De ahí que no resulte admisible atender afirmaciones como las expresadas por la doctrina en cuestión, conforme a las cuales “no se puede generalizar en nombre de la dignidad humana un constante control de las elecciones contractuales, comprendidas aquellas individuales, porque el objetivo de tutelar tales valores no puede llegar al punto de permitir una interpretación sustancialmente derogatoria de la libertad contractual”⁵⁰. En efecto, acoger tal argumentación significaría admitir que los principios eje de un Estado social de derecho, conformados por la dignidad humana, la igualdad, la democracia y la justicia, son por principio de menor rango que la autonomía contractual y deben someterse a los vejámenes que los particulares en ejercicio de dicha autonomía contractual dispongan⁵¹.

48 Ibid., 138.

49 Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 302-310.

50 Navarretta, E., *Principio de igualdad*, cit., 139.

51 Al respecto se ha sostenido que “[l]as presiones del mercado, particularmente intensas en la actividad económica privada, pueden favorecer una conspicua violación de la dignidad de la persona humana, por lo que se hace necesario un control social fundado sobre los valores constitucionales”; ello por cuanto, según señala la autora, a fin de que la democracia se consolide es necesario que los procesos económicos se inserten en los procesos sociales considerando la prevalencia de los valores de la personalidad por encima de los valores patrimoniales, en una lógica que, a la vez que excluya una intervención fuerte del Estado, no admita una absoluta libertad de mercado. De Cicco, M. C., “Riflessione su democrazia e dignità umana”, en *Cátedra Unesco y Cátedra Infancia: derechos humanos y políticas públicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, disponible en: <http://books.openedition.org/uec/186> [consultado el 29 de septiembre de 2021]. Sobre la necesidad de armonizar las exigencias de la economía de mercado y la eficiencia con la justicia véase Morales

E. La tutela contra la discriminación en materia contractual debe considerar la eventual tensión entre la dignidad humana y otros principios

No todo trato diferenciado resulta plenamente justificado desde un punto de vista objetivo por las necesidades particulares de la contratación y adecuado a la satisfacción de estas⁵².

Ahora bien, no podemos descartar la posibilidad de que se presenten tensiones en la aplicación del principio de la dignidad humana con otros principios constitucionales. Un ejemplo reciente podría ilustrar el punto: se trata de la disputa del pastelero y la pareja homosexual⁵³ que surgió cuando, en el año 2012, David Mullins y Charlie Craig visitaron la panadería del Sr. Phillips⁵⁴; los dos hombres iban a casarse y querían encargar un pastel de bodas. El pastelero los rechazó, diciendo que no usaría su talento para transmitir un mensaje de apoyo al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues ello estaba en desacuerdo con su fe religiosa. En cambio, les ofreció venderles los pasteles de cumpleaños en venta en la pastelería.

El Sr. Mullins y el Sr. Craig presentaron una queja ante la Comisión de Derechos Civiles de Colorado por la humillación de que fueron objeto por la negativa del Sr. Phillips a servirlos. La pareja ganó el caso ante la Comisión y en los tribunales estatales, en virtud de la Ley contra la Discriminación de Colorado (CADA) que prohíbe la discriminación por orientación sexual en un “lugar de negocios dedicado a cualquier venta al público o que ofrece servicios al público”.

Sin embargo, el 4 de junio de 2018, la Corte Suprema de Estados Unidos falló en contra de la pareja homosexual, en una sentencia no unánime y ambivalente, de hecho llena de expresiones tendientes a reafirmar la importancia de la protección de las personas homosexuales –y, en general, de la población LGBT– a adquirir productos y servicios que elijan, en los mismos términos y condiciones que se ofrecen a otros miembros del público. En efecto, la Corte sostuvo que estas disputas deben resolverse con tolerancia, sin falta de respeto por las creencias religiosas sinceras de las personas, y a la vez sin someter a los homosexuales a indignidades cuando buscan bienes y servicios en un mercado abierto.

Aunque el caso fue litigado principalmente por motivos de libertad de expresión artística, que no permitiría conminar a alguien a realizar “una obra” (un pastel) para

Huertas, M., “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento en derecho colombiano”, en Chinchilla Imbett, C. A. y Gronzona, M. (coords.), *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, 551.

52 Maffei, D., “Libertà contrattuale e divieto di discriminazione”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, vol. 62, n.º 2, 2008, 401-434. Sobre la diferencia entre discriminación y trato diferenciado véase Corte Constitucional, sentencia T-691 de 2012.

53 Supreme Court of the United States, *Masterpiece Cakeshop Ltd. et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al. Certiorari to the Court of Appeals of Colorado*, No. 16-111. [Argued December 5, 2017 – Decided June 4, 2018].

54 *Ibíd.*

celebrar un evento con el que no se está de acuerdo, el tema de la libertad de expresión apenas se discutió y, en cambio, la sentencia se centró en la libertad religiosa que impedía exigirle al pastelero respaldar los matrimonios en desacuerdo con su fe, lo cual a juicio de la Corte violaría sus derechos constitucionales, por lo que el fallo fue recibido como una victoria para la libertad religiosa⁵⁵.

Este caso plantea un dilema ya no centrado en el conflicto entre la autonomía contractual y la dignidad humana –de más sencilla resolución–, sino entre la libertad de expresión y la libertad religiosa, por una parte, y la dignidad humana, por otra.

Corresponde al intérprete valorar cómo resolver el conflicto; al respecto se debate entre diversas posturas: (i) ¿Conciliando, de manera proporcionada, la dignidad humana con los otros principios, sin que ello implique su aniquilación?⁵⁶ (ii) ¿Declarando la condición de intangible de la dignidad humana y, por ende, la imposibilidad de relativizarla?⁵⁷; (iii) ¿Admitiendo la posibilidad de ponderación frente a los principios en tensión, sin dejar de considerar su gran peso normativo dentro del sistema?⁵⁸.

Una respuesta sustentada a este intrincado problema excede con mucho las pretensiones de este texto, no obstante⁵⁹ lo cual habremos de decantarnos por una postura que impida, en cualquier caso, que las libertades individuales sean usadas como instrumentos de humillación, de exclusión, en fin, de discriminación contra las personas⁶⁰,

55 Al parecer, una afirmación del juez de primera instancia, conforme a la cual “la libertad de religión [...] se ha utilizado para justificar todo tipo de discriminación a lo largo de la historia, ya sea la esclavitud, ya sea el Holocausto”, fue determinante para promover la protección de la libertad religiosa contra la intolerancia e inclinó el fallo en favor del pastelero. Véase New York Times, “In Narrow Decision, Supreme Court Sides with Baker Who Turned Away Gay Couple” [en línea], disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/06/04/us/politics/supreme-court-sides-with-baker-who-turned-away-gay-couple.html> [consultado el 2 de septiembre de 2022].

56 Carvajal, B. A., *La dignidad humana*, cit., 203-204.

57 *Ibíd.*, 214-215.

58 *Ibíd.*, 222-223.

59 Y siendo conscientes de las dificultades que en el caso en particular comportaría la naturaleza de *intuitu personae* de la prestación requerida (elaboración de una obra artística) y de la improcedencia de su cumplimiento *in natura*, lo que eventualmente nos conduciría al ámbito resarcitorio de los daños causados.

60 Ha sostenido el tribunal de constitucionalidad colombiano que, si bien el derecho a la libertad religiosa es una garantía superior vinculada con la autonomía, la dignidad, la identidad y el libre desarrollo de la personalidad, “es claro que el contenido normativo de dicho derecho subjetivo no es absoluto, ya que está sometido a ciertos límites que la Constitución le impone, que son, según lo ha expuesto este Tribunal, el imperio del orden jurídico, los derechos de los demás, la prevalencia del interés público y los propios derechos fundamentales de la persona”. Corte Constitucional, sentencia T-476 del 1 de septiembre de 2016. En materia de libertad de expresión artística, la Corte ha reconocido que si bien el Estado no puede implementar ningún acto que constituya censura o que desconozca su neutralidad frente a los contenidos artísticos, posee una competencia de carácter excepcional para establecer restricciones en esta materia para salvaguardar otros intereses jurídicamente relevantes, siempre y cuando la limitación supere un examen de proporcionalidad; pero, en todo caso, dejando en claro que las autoridades públicas, en la regulación y aplicación de las normas que reconocen la libertad de expresión artística, “se encuentran obligadas a prohibir mediante la ley toda difusión de pensamiento u opinión constitutiva de propaganda a favor de la guerra o [la] apolo-

pues es imperativo comprender que “[v]ivir en democracia implica respetar el derecho de las personas a elegir estilos de vida con los que no estoy de acuerdo”⁶¹.

III. La discriminación es fundamentalmente un asunto que atenta contra la dignidad humana

La dignidad de la persona humana se erige en valor democrático sin el que no es posible concebir un Estado social de derecho⁶², pues, fundándose el mismo en la tutela de la persona y sus derechos, la dignidad humana adquiere un rol esencial en este modelo de Estado⁶³ y posee un propio contenido normativo⁶⁴, cuya naturaleza le permite ser catalogado como principio constitucional y, por tanto, como criterio de interpretación del ordenamiento constitucional y fuente de tutela de los derechos fundamentales⁶⁵, a la vez que constituye en sí mismo un derecho fundamental autónomo⁶⁶.

El complejo núcleo de valores que conforman la dignidad humana se concreta con gran fuerza normativa en diversos ámbitos: (i) “[C]omo posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)”; (ii) En “las condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien)”, y (iii) En “la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”⁶⁷.

gía del odio nacional, racional o religioso y que implique incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. Corte Constitucional, sentencia SU-626 del 1 de octubre de 2015.

- 61 Nussbaum, M., *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, Katz - CCCB, 2011.
- 62 Mendieta, D. y Tobón, M. L., “La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), vol. 10, n.º 3, 2018, 278-289.
- 63 Corte Constitucional, sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002, en la que se reconoce a la dignidad como valor fundante, como principio constitucional y como derecho fundamental autónomo, aclarando que la alusión a la dignidad humana como valor fundante del Estado opera en el ámbito axiológico y, por ende, allí el concepto opera en el plano descriptivo bajo la lógica de “lo mejor”; no obstante, la dignidad humana posee también naturaleza normativa, opera bajo la lógica de “lo debido”, vale decir, de lo prescriptivo, cuando se le reconoce su carácter de principio y de derecho fundamental.
- 64 Carvajal, B. A., *La dignidad humana*, cit., 83 ss.
- 65 Corte Constitucional, sentencia T- 406 del 5 de junio de 1992.
- 66 Corte Constitucional, sentencia C-134 del 1.º de marzo de 2017.
- 67 Corte Constitucional, sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002.

Todo lo cual se traduce, entre otras cosas, en la protección de la autonomía personal⁶⁸, de la igualdad⁶⁹, de la libertad individual⁷⁰, de la propia identidad⁷¹, de la exclusión de tratos degradantes y humillantes⁷².

De manera que la exacta dimensión de la dignidad humana ha de encontrarse entre los principios sustanciales del derecho que constituyen su expresión, pues la dignidad humana comporta el respeto por los otros en términos igualitarios, está basada en la *reciprocidad* y en el *reconocimiento mutuos*, en la consideración de la identidad y de la autenticidad del otro, en la preservación de las posibilidades de participación y en la paritaria posibilidad de obtención de derechos, por ende, en la eliminación del sentimiento de exclusión, así como de toda forma de humillación que menoscabe el respeto que se tiene de sí mismo⁷³.

Así, la tutela de la dignidad humana comporta, como uno de sus matices, la protección contra la exclusión⁷⁴, se traduce en la prohibición de la discriminación que impide el reconocimiento del otro, en el respeto por la diversidad y en el otorgamiento de igualdad de oportunidades a todas las personas⁷⁵.

Conclusiones

Entender la exacta dimensión de la prohibición de discriminación exige que esta sea vista bajo la óptica del principio de igualdad y de libertad⁷⁶, en el contexto de valores esenciales para la comunidad –como la dignidad humana y la democracia⁷⁷– y,

68 Corte Constitucional, sentencias T-477 de 1995, T-472 de 1996 y C-239 de 1997.

69 Corte Constitucional, sentencia T-124 de 1993.

70 Corte Constitucional, sentencias T-532 del 23 de septiembre de 1992, C-542 de 1993, C-221 de 1994 y T-881 del 17 de octubre de 2002.

71 Corte Constitucional, sentencias 134 del 1.º de marzo de 2017 y T-461 de 1998.

72 Corte Constitucional, sentencias T-401 de 1992, T-402 de 1992 y T-879 de 2001.

73 Carvajal, B. A., *La dignidad humana*, cit., 36-48.

74 *Ibid.*, 193.

75 Mendieta, D. y Tobón, M. L., “La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano”, cit., 284. Así lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana, al sostener que la dignidad comporta como una de sus garantías básicas la exigencia de no discriminación (cfr. sentencias T-136 de 2006, C-595 de 2012 y T-909 de 2011).

76 Sobre la correlación entre libertad, igualdad y dignidad humana véase Scognamiglio, C., “Principio di eguaglianza e libertà nel diritto privato delle persone”, *Questione Giustizia*, n.º 1, “Eguaglianza e diritto civile. Le nuove frontiere dei diritti umani, al tempo dell’externalizzazione delle frontiere italiane ed europee”, 2020, disponible en: https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/35/qg_2020-1.pdf [consultada el 1 de septiembre de 2022].

77 Al respecto véanse las reflexiones de Rodotà sobre el rol del derecho en la construcción de una nueva antropología jurídica, que refleje el tránsito ente sujeto y persona, lo cual a su vez da origen a un nuevo estatuto de la persona y a un nuevo cúmulo de deberes constitucionales; en este proceso, sostiene el autor, emergen sucesivamente las categorías de *homo juridicus*, *homo aequalis* y *homo dignus*, la última de las cuales pone de relieve la dignidad, entendida como síntesis de la libertad y de la igualdad, fortalecidas en cuanto fundamento de la democracia. Rodotà, S., *Il diritto di avere diritti*, cit., 179-185.

por tanto, como esencial en la concepción de justicia propia de un Estado social de derecho⁷⁸.

En efecto, centrarnos en la dignidad humana como principio y como derecho fundamental tutelado con la prohibición de discriminación nos permite comprender que tratar la problemática de la igualdad en materia contractual desde una visión netamente económica, de acceso a los mercados –vale decir, desde una perspectiva de tinte utilitarista–, conduce a perder de vista la naturaleza de los derechos que se tutelan en los eventos de discriminación y, por ende, no solo a una restricción injustificada en el ámbito de su protección, sino a una grave distorsión en las tutelas de tal derecho, que ha llevado incluso a tasar las indemnizaciones exclusivamente respecto del valor del contrato en relación con el cual se suscitó la discriminación, desconociendo la naturaleza de la humillación sufrida.

El entendimiento que acá proponemos, por el contrario, resulta de gran utilidad para dotar a la dignidad humana –y, por ende, a la prohibición de discriminación– de su cabal jerarquía, en el sentido de privilegiar lo verdaderamente humano, descartando en la valoración de los derechos fundamentales y, en particular, en la realización de la dignidad humana, las consideraciones de orden instrumental, pues “si se distingue lo que tiene dignidad de lo que tiene precio, sería siempre posible recordar una jerarquía en caso de conflicto: los valores no mercantiles, que no tienen equivalente y no son reemplazables ni intercambiables, deberán predominar”⁷⁹.

En últimas, esta visión más compleja y comprensiva de la dignidad humana nos permite discernir su verdadera naturaleza, la cual excluye un rol meramente instrumental, pues, como sostuvo Kant, la dignidad humana actúa como un fin en sí misma y nunca como un simple medio⁸⁰; y, consecuentemente, su cabal tutela impide que el alcance de la preservación de los valores que ella comporta –como sería el caso de la prohibición de discriminación en materia contractual– pueda medirse en términos puramente instrumentales como los de acceso a un mercado, o porque el trato

78 Para Amartya Sen existe “una íntima conexión entre justicia y Democracia”, dado que las exigencias de la justicia pueden ser evaluadas solo con la ayuda del razonamiento público, agregando que “la formación en los valores de la tolerancia resulta entonces esencial para el eficiente funcionamiento de la democracia” y, en consecuencia, “la práctica de la democracia puede ciertamente ayudar a promover un mayor reconocimiento de las identidades plurales de los seres humanos”; de ahí que entre las capacidades más relevantes destaca aquella que garantiza la no discriminación, en cuanto permite configurar una noción básica de justicia. Sen, A., *La idea de justicia*, Bogotá, Taurus, 2010, 356, 384-385, 261 ss.

79 Carvajal, B. A., *La dignidad humana*, cit., § 2.8, 34.

80 Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), s. trad., s. l., s. f., 16, [en línea], disponible en: <https://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf> [consultado el 29 de septiembre de 2021]: “claramente salta a la vista el desprecio al principio de la dignidad de los otros hombres cuando se eligen ejemplos de ataques a la libertad y la propiedad de los demás, pues se ve inmediatamente que el que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar a la persona ajena como un simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres racionales que son, deben ser estimados al mismo tiempo como fines en sí, es decir, sólo como seres que deben contener en sí mismos el fin de la acción”.

discriminatorio se concrete en el ámbito público de una oferta; este es, en verdad, un asunto de dignidad humana, de democracia y, en últimas, de justicia.

Referencias

- Canaris, C. W., *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, Almedina, 2009.
- Carvajal Sánchez, B. A., *La dignidad humana como norma de derecho fundamental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- De Cicco, M. C., “Riflessione su democrazia e dignità umana”, en *Cátedra Unesco y Cátedra Infancia: derechos humanos y políticas públicas*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2013, disponible en [<http://books.openedition.org/uec/186>] [consultado 29 de septiembre 2021].
- El Tiempo, “Habla don José, quien fue discriminado en un restaurante de Medellín”, [en línea], disponible en: <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/habla-don-jose-quien-fue-discriminado-en-un-restaurante-de-medellin-214978> [consultado el 19 de septiembre de 2021].
- Gentili, A. “Il principio di non discriminazione nei rapporti civili”, *Rivista critica del diritto privato*, vol. 27, n.º 2, 2009.
- Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), s. trad. s. l., s. f., 16, [en línea], disponible en: <https://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf> [consultado el 29 de septiembre de 2021].
- Maffei, D., “Libertà contrattuale e divieto di discriminazione”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 62, n.º 2, 2008.
- Mendieta, D. y Tobón, M. L., “La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), vol. 10, n.º 3, 2018
- Morales Huertas, M., “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento en derecho colombiano”, en Chinchilla Imbett, C. A. y Grondona, M. (coords.), *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, 551.

Navarretta, E., “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre, 2014.

New York Times, “In Narrow Decision, Supreme Court Sides with Baker Who Turned Away Gay Couple”, [en línea] disponible en [<https://www.nytimes.com/2018/06/04/us/politics/supreme-court-sides-with-baker-who-turned-away-gay-couple.html>] [consultado el 2 septiembre 2022].

Nussbaum, M., *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, Katz - CCCB, 2011.

Oppo, G., “Eguaglianza e contratto nelle società per azioni”, *Rivista di diritto civile*, 1974, I.

Perlingeri, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles, ESI, 1983.

Rodotà, S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

Rodríguez Olmos, J. M., “Más allá del contrato por medio del contrato”, en Neme Villarreal, M. L. (ed.), *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Scognamiglio, C., “Principio di eguaglianza e libertà nel diritto privato delle persone”, *Questione Giustizia*, n.º 1, “Eguaglianza e diritto civile. Le nuove frontiere dei diritti umani, al tempo dell’esternalizzazione delle frontiere italiane ed europee”, 2020, disponible en: https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/35/qg_2020-1.pdf [consultada el 1 de septiembre de 2022].

Sen, A., *La idea de justicia*, Bogotá, Taurus, 2010.

Vivas Tesón, I., “El derecho contractual antidiscriminatorio: *Drittwirkung* y libertad negocial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n.º 1, 2021, disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5976> [consultado el 1 de septiembre de 2022].

Normatividad

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Constitución Política de Colombia.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada mediante la Ley 22 de 1981.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada mediante la Ley 51 de 1981.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009.

Directiva 2000/43/CE, del Consejo de la Unión Europea, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Directiva 2000/78/CE, del Consejo de la Unión Europea, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, del 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo de la Unión Europea, 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.

Directiva 2004/113/CE, del Consejo de la Unión Europea, del 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.

Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, del 5 de julio 2006, sobre paridad de oportunidades entre hombres y mujeres en materia de ocupación y empleo, entre otras.

Marco Común de Referencia

Ley 1482 de 2011 (Colombia).

Principios del Derecho contractual comunitario (*Acquis Principles* o ACQP).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana, sentencias de constitucionalidad: C-542 de 1993; C-221 de 1994; C-239 de 1997; C-595 de 2012, C-110 del 2017; C-134 de 2017.

Corte Constitucional colombiana, sentencias de tutela: T-401 de 1992, T-402 de 1992; T-406 de 1992; T-532 de 1992; T-124 de 1993; T-624 de 1995; T-477 de 1995; T-026 de 1996; T-472 de 1996; T-461 de 1998; T-879 de 2001; T-881 de 2002; T-955 de 2003; T-763 de 2005; T-1090 de 2005; T-131 de 2006; T-136 de 2006; T-385 de 2006; T-433 del 2008; T-140 de 2009; T-247 de 2010; T-909 de 2011; T-691 de 2012; T-476 de 2016; T-599 de 2016; T-601 de 2016; T-030 de 2017.

Corte Constitucional colombiana, sentencias de unificación: SU-626 de 2015.

Tribunal de Padua, ordenanza del 19 de mayo de 2005.

Tribunal de Roma, Sección Civil, ordenanza depositada el 16 de julio de 2008.

Supreme Court of the United States, *Masterpiece Cakeshop Ltd. et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al. Certiorari to the Court of Appeals of Colorado*, No. 16-111. [Argued December 5, 2017 – Decided June 4, 2018].