

LIBERTAD CONTRACTUAL, LIBERTAD RELIGIOSA Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: REFLEXIONES DESDE LA EXPERIENCIA DEL COMMON LAW¹

FREEDOM OF CONTRACT, FREEDOM OF RELIGION AND THE PRINCIPLE OF NONDISCRIMINATION: REFLECTIONS FROM THE COMMON LAW EXPERIENCE

Francesca Benatti²

Profesora de Derecho Privado Comparado (UNICATT, Milano, Italia)

ÁREA(S): derecho constitucional; derecho privado

RESUMEN: El ensayo examina la evolución del principio de no discriminación a la luz de la experiencia estadounidense. Se examinan en particular las decisiones en los asuntos *Masterpiece* y *Creative 303*. Se señala cómo una resolución cuidadosa del conflicto entre libertades fundamentales sólo puede partir de una valoración de la persona en un sentido ontológico-relacional, teniendo en cuenta los matices del caso concreto.

ABSTRACT: *The essay examines the evolution of the principle of nondiscrimination in light of the U.S. experience. The decisions in Masterpiece and Creative 303 are examined in particular. It is noted how a careful resolution of the conflict between fundamental freedoms can only move from an ontological-relational appreciation of the person, taking into account the nuances of the concrete case.*

PALABRAS CLAVE: libertad religiosa; contrato; discriminación; dignidad.

¹ Publicado en Revista IUS ET VERITAS N. 67, diciembre 2023, ISSN 1995-2929 (impreso), ISSN 2411-8834.

² Doctora por la Università degli Studi di Milano (2008). Profesora ordinaria da Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Tiene experiencia en Derecho. Actualmente é professore associato da Università degli Studi di Padova. *E-mail:* francesca.benatti@unicatt.it. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2597516396119370>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1456-7812>.

KEYWORDS: *religious freedom; contract; discrimination; dignity.*

SUMARIO: 1 Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos y discriminación; 2 La aplicación del principio de no discriminación; 3 Posible evolución; Conclusiones; Referencias.

SUMMARY: 1 *U.S. Federal Supreme Court and discrimination; 2 The application of the principle of nondiscrimination; 3 Possible developments; Conclusions; References.*

1 TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE ESTADOS UNIDOS Y DISCRIMINACIÓN

En Estados Unidos, el principio de libertad (casi) absoluta de contratación había encontrado afirmación constitucional en la decisión del Tribunal Supremo Federal en el caso *Lochner* contra Nueva York, uno de los más controvertidos de su historia (BERNSTEIN, 2011). En una opinión mayoritaria escrita por el juez Pechkam, se declaró inconstitucional por violación de la 14ª Enmienda a la Ley de Panaderías del Estado de Nueva York (1895), que fijaba la jornada laboral máxima de los panaderos en 60 horas semanales y 10 horas diarias. En la argumentación se aprecia la confianza, aún presente en la época, en el modelo liberal clásico del *laissez faire*. Sin embargo, ya se percibían signos de una crisis inminente de ese mundo y de su visión, expresados en la opinión disidente del juez Holmes. Famosa es su objeción a un argumento basado “en una teoría económica que una gran parte del país no admite”³.

En *Lochner* también se percibe el choque entre una corriente judicial favorable al activismo y otra marcada por la autocontención del Tribunal. Menos célebre, pero igualmente y quizá más eficaz, es la opinión disidente del juez Harlan, que subraya cómo la libertad contractual no debe entenderse en sentido absoluto, sino que puede restringirse legislativamente para promover el bienestar general o proteger la salud, la moral o la seguridad públicas. La idoneidad de las restricciones en una democracia depende de las valoraciones del poder político: “[concediendo] que existe una libertad contractual que no puede ser violada ni siquiera bajo la sanción de una promulgación legislativa directa, pero asumiendo, como según el derecho establecido podemos asumir, que dicha libertad contractual está sujeta a las regulaciones que el Estado

³ 198 U.S. 45 (1905).

pueda prescribir razonablemente para el bien común y el bienestar de la sociedad, ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales el poder judicial puede declarar que dichas regulaciones exceden la autoridad legislativa y son nulas? Sobre este punto no hay lugar para la disputa, ya que la regla es universal que una promulgación legislativa, federal o estatal, nunca debe ser ignorada o considerada inválida a menos que, sin lugar a dudas, clara y palpablemente exceda el poder legislativo..."⁴.

La jurisprudencia posterior superó el principio establecido en *Lochner*, marcando así definitivamente la transición de la "constitución liberal" a la constitución democrática. Con el caso *West Coast Hotel Co contra Parrish* en 1937, se confirmó de hecho la validez de una ley del Estado de Washington que establecía un salario mínimo para las mujeres que trabajaban en determinadas industrias. El cambio de perspectiva es tan radical que el Presidente del Tribunal Supremo Hughes, en la exposición de motivos, llega a preguntarse "¿Qué es esta libertad? La Constitución no habla de libertad contractual..."⁵. En concreto, se señala que la libertad de contratar no puede entenderse en sentido absoluto, sino que opera en el marco del control legislativo. El argumento parte del reconocimiento de la existencia de una clase de trabajadores desprotegidos que se encuentran en una posición de desigualdad y de poder de negociación desigual. La orientación se precisó posteriormente en el asunto *Carolene Products*, en el que se señaló que las leyes que regulan el comercio ordinario gozan de una presunción de constitucionalidad a menos que carezcan de fundamento racional. En una nota que se hizo célebre, el Juez Stone observa a continuación que las regulaciones dirigidas a las minorías deberían, en cambio, estar sujetas a un escrutinio constitucional más estricto especialmente cuando tienden a restringir seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que normalmente se confía precisamente para protegerlas⁶.

Sin embargo, el núcleo del derecho antidiscriminación se encuentra en la legislación estadounidense en la evolución de la regulación de los "alojamientos públicos". Este concepto tiene su origen en el "deber de servir" desarrollado en el *common law* inglés a partir del siglo XIV. Tras la peste negra, que había diezariado la población, se impuso legislativamente a todos

⁴ *Ibid.*

⁵ 300 U.S. 379 (1937).

⁶ 304 U.S. 144 (1938).

los comercios sobrevivientes – que de hecho ahora operaban en régimen de monopolio debido a las desastrosas condiciones sociales– la obligación de prestar sus servicios a todo aquel que los solicitara. La negativa se sancionaba penalmente. Con el tiempo, se fue consolidando el principio del “deber de servicio” general para quienes se encontraban en situación de monopolio, a fin de evitar que restricciones o condiciones arbitrarias distorsionaran el mercado y restringieran el acceso de la comunidad a bienes o servicios. En efecto, como señalan la doctrina y la jurisprudencia “una persona se presentaba para servir al público en general, haciendo de ello su negocio, y al hacerlo suponía que debía servir a todos los miembros del público,... él era responsable en una acción sobre el caso por la negativa a servir... [.] un incumplimiento de su *assumpsit*”.

En la jurisprudencia estadounidense, la teoría del “deber de servir” fue aceptada por Story en el caso *Markham*, que se refería a la decisión de un posadero de impedir que un solo transportista buscara clientes en las inmediaciones de su posada porque estaba empleado por un negocio de la competencia. Tal conducta no se consideró lícita: “Un posadero ofrece su casa como lugar público al que pueden acudir los viajeros y, por supuesto, renuncia a algunos de los derechos que de otro modo tendría sobre ella. Al presentarla como un lugar de alojamiento para viajeros, no puede prohibir la entrada a las personas que acuden con ese carácter, en el momento y la forma adecuados, siempre que disponga de los medios para alojarlos”. Puesto que el posadero permitía la entrada en su hotel a algunos transportistas, no había razón para prohibírsela a otros.

Contrariamente a lo que parecía sugerir la opinión de Story, la legislación estadounidense limitaba la aplicación del principio a los hoteleros y a los transportistas públicos. Sin embargo, en el caso *Uston contra Resorts International*, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey puso de manifiesto la irracionalidad de la directriz: “cuando los propietarios abren sus locales al público en general en aras de sus propios intereses de propiedad, no tienen derecho a excluir a la gente de forma irrazonable. Por el contrario, tienen el deber de no actuar de forma arbitraria o discriminatoria con las personas que acuden a sus instalaciones. Esta obligación se aplica no sólo a los transportistas, los hosteleros, los propietarios de gasolineras o los hospitales privados, sino a todos los propietarios que abren sus locales al público. Los propietarios no tienen ningún interés legítimo en excluir injustificadamente a determinados

miembros del público cuando abren sus locales al público". De hecho, como se señala acertadamente, la adopción de una orientación restrictiva, especialmente tras la Reconstrucción y las Enmiendas de 1866, se justificó por el deseo de permitir restricciones basadas en la raza.

Así, la lenta y gradual expansión del principio de no discriminación contractual debe leerse en el contexto de la lucha contra la segregación racial. Por ejemplo, fue fundamental la decisión del Tribunal Supremo en el asunto Shelley contra Kramer⁷ sobre la admisibilidad de los pactos restrictivos basados en la raza. Esta institución se caracteriza por una naturaleza híbrida: por una parte, se trata de un acuerdo, entre dos o más propietarios de edificios o terrenos situados en una zona determinada, destinado a impedir la transmisión de la propiedad o el disfrute a terceros, debido a características particulares de estos últimos; por otra parte, se aproxima a un pacto restrictivo de contenido negativo. En 1945, la familia Shelley, afroamericana, adquirió una casa en San Luis (Misuri) sobre la que existía un "pacto restrictivo" suscrito en 1911. El pacto entre los anteriores propietarios prohibía a afroamericanos y asiáticos disfrutar de la vivienda. Aunque no constaba en la escritura de compraventa, estaba debidamente registrado. Por ello, un vecino emprendió acciones legales para hacer cumplir el pacto e impedir que los nuevos compradores tomaran posesión de la propiedad. En su razonamiento, el Tribunal Supremo Federal declaró que tales acuerdos, como meros pactos privados, son válidos: "los acuerdos restrictivos, por sí solos, no pueden considerarse violatorios de ningún derecho garantizado [...] por la Decimocuarta Enmienda". Sin embargo, si se violan, el tribunal no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones acordadas, ya que ello constituiría una conducta discriminatoria contraria a la Decimocuarta Enmienda.

Cabe destacar que, a pesar de algunas intervenciones legislativas y jurisprudenciales significativas, la plena introducción de un principio de no discriminación contractual se produjo con la promulgación de la Ley de Derechos Civiles de 1964. En efecto, el Título II prohíbe la discriminación "por motivos de raza, color, religión u origen nacional" y las empresas alcanzadas por la prohibición se limitan esencialmente a las identificadas por la legislación estatal en el momento de su promulgación. Sin embargo, cabe señalar que la disposición no ha influido en las leyes estatales posteriores.

⁷ 334 U.S. 1 (1948).

Así pues, el panorama normativo parece fragmentado en la actualidad, pero pueden identificarse tres tendencias (SEPPER, 2015). Algunos estados proporcionan una lista generalmente amplia de actividades que se incluyen en la definición. Otros, como Michigan, Dakota del Norte y Connecticut, han adoptado una definición genérica de *establecimiento de servicio público* que hace referencia a “cualquier lugar, tienda u otro establecimiento, con o sin licencia, que proporcione alojamiento, bienes o servicios al público, o que solicite o acepte el patrocinio o el comercio del público en general”. La legislación californiana se refiere a “cualquier negocio de cualquier tipo”. Por último, una tercera categoría de legislación estatal enumera las actividades que entran en la categoría de “alojamientos públicos”, pero añade una fórmula general de cierre para permitir la inclusión de actividades nuevas o no identificadas expresamente que cumplan los mismos requisitos. Por ejemplo, Maine incluye los lugares que “se encuentran dentro” de las categorías de alojamiento, lugares para comer, lugares de ocio y reunión pública, establecimientos de venta y alquiler, servicios personales desde abogados a lavanderías, instalaciones sanitarias, transporte, lugares culturales, instalaciones recreativas y deportivas, instituciones educativas, servicios sociales y edificios gubernamentales” y “cualquier establecimiento que de hecho atienda u ofrezca sus bienes, instalaciones o servicios al público en general, o solicite o acepte su patrocinio”⁸.

El sistema estadounidense parecía, por tanto, haber encontrado un equilibrio en el Derecho contractual, caracterizado por una adhesión al formalismo y al textualismo con algunos límites importantes impuestos a las empresas que ofrecen servicios al público, obligadas a servir a todo aquel que lo solicite. De hecho, se deseaba evitar la repetición de la segregación “de hecho”.

Sin embargo, en los últimos años, la cuestión de la discriminación contractual ha vuelto a surgir en relación con casos de posible conflicto entre la libertad religiosa y la orientación sexual, especialmente a raíz de la sentencia *Obergefell*, que estableció la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo⁹. Emblemático es el caso *Masterpiece Cakeshop* contra la Comisión de Derechos Civiles de Colorado. El caso se refería a la negativa de un pastelero cristiano a hacer un pastel para una boda de dos hombres,

⁸ ME. REV. STAT. tit. 5, § 4553(8) (1995).

⁹ 576 U.S. 644 (2015).

mientras que se había declarado dispuesto a vender una ya hecha o para otra ocasión.

A pesar de la relativa sencillez del caso, la cuestión era delicada. Por un lado, existía el riesgo de que, si el Tribunal hubiera reconocido la libertad del pastelero, habría anulado de hecho los principios establecidos en *Obergefell*; por otro, el sacrificio de la libertad religiosa no podría haberse impuesto sin un elevado coste social. Además, deberían haberse establecido cuidadosamente los límites dentro de los cuales puede ejercerse cada libertad: hasta qué punto la debida protección de las minorías puede justificar la usurpación de la identidad y las convicciones arraigadas de otros, y a la inversa, hasta qué punto pueden emplearse argumentos religiosos sin ser discriminatorios.

Sin embargo, el juez Kennedy no aborda estas cuestiones en la opinión mayoritaria, sino que se limita a constatar una violación de la Primera Enmienda porque la Comisión de Derechos Civiles de Colorado, ante la que se celebró la audiencia administrativa, había mostrado una abierta hostilidad al argumento religioso al no permitir que Philips presentara sus justificaciones. Incluso, durante la vista, uno de los comisionados declaró que “la libertad de religión se ha utilizado para justificar todo tipo de discriminaciones a lo largo de la historia, desde la esclavitud hasta el holocausto [...]. En mi opinión, es uno de los ejercicios retóricos más despreciables que la gente pueda utilizar la religión para perjudicar a los demás”.

Más eficaces, por tanto, son los argumentos de Thomas y Gorsuch, que destacan cómo se trataba de un caso de libre expresión del pensamiento garantizado por la Primera Enmienda. En su negocio, Phillips se ve a sí mismo como un artista que crea pasteles según los gustos, personalidades y deseos de sus clientes.

Es, pues, decisivo destacar, desde esta perspectiva, cómo la negativa se refería únicamente a la creación de un pastel nupcial debido a una concepción diferente del matrimonio, mientras que el pastelero había estado dispuesto a proporcionar una preenvasada o a preparar tartas para la pareja para cumpleaños u otras ocasiones. Esta diferencia se basaba en las creencias religiosas de Philips, descrita como cristiana devota y practicante.

En la opinión concurrente, la juez Kagan advierte, sin embargo, que habría sido preferible calificar la conducta del pastelero como discriminatoria porque se había negado a vender un tipo de pastel que habría vendido

a cualquier pareja heterosexual. Esta diferencia constituye una conducta discriminatoria. Por ello, considera preferible adoptar una lectura restrictiva del razonamiento mayoritario, según la cual un Estado puede actuar contra acciones discriminatorias siempre que sus propias decisiones no se basen en la hostilidad o los prejuicios. Por otra parte, la objeción de la juez Ginsburg no parece dar en el blanco, cuando observa que ello parecería reintroducir dos tipos diferentes de matrimonio, aunque pueda compartirse la preocupación implícita por la necesidad de consolidar la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo en Estados Unidos. De hecho, la opinión mayoritaria de Obergefell ya había subrayado que “debe destacarse que las religiones, y quienes se adhieren a doctrinas religiosas, pueden seguir defendiendo con la mayor y más sincera convicción que, por preceptos divinos, no debe aprobarse el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Primera Enmienda garantiza que las organizaciones y las personas religiosas reciban la protección adecuada cuando intentan enseñar los principios que son tan satisfactorios y tan fundamentales para sus vidas y sus creencias, y para sus propias aspiraciones profundas de continuar con la estructura familiar que han venerado durante tanto tiempo. Lo mismo cabe decir de quienes se oponen al matrimonio entre personas del mismo sexo por otros motivos”¹⁰. Sobre la base de este principio, parece posible afirmar que debe garantizarse a todos el derecho a contraer matrimonio, mientras que un particular puede, basándose en profundas convicciones religiosas, diferenciar entre ambos casos y dirigir su actividad profesional sólo a uno de ellos.

El razonamiento de Masterpiece fue criticado tanto por la doctrina que abogaba por una mayor protección de la libertad religiosa, como por quienes consideraban fundamental proteger la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo que acababa de ser reconocida. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal de EE.UU. hizo uso en su decisión de esas virtudes pasivas celebradas por Bickel, limitándose a resolver el caso concreto sobre la base de la conducta discriminatoria de la Comisión de Colorado, sin establecer el principio de derecho a adoptar en casos similares. La exposición de motivos redactada por el juez Kennedy representa hoy su testamento: el reconocimiento de una sociedad pluralista en la que el valor fundamental es la dignidad humana. Sin embargo, la incapacidad o falta de voluntad del Tribunal

¹⁰ Obergefell, cit.

para resolver el conflicto entre identidad sexual e identidad religiosa muestra el carácter trágico de ciertas elecciones en un mundo caracterizado por una polifonía cada vez más disonante. En el fondo parece permanecer el angustioso temor de una composición imposible entre valores e ideales diferentes.

Sin embargo, la incertidumbre provocada por *Masterpiece* y la necesidad de establecer un principio claro llevaron al Tribunal Supremo, ahora con mayoría conservadora, a conceder el *certiorari* en un caso similar relativo a *Lorie Smith*, una diseñadora de páginas web cristiana que deseaba ampliar su negocio incluyendo entre sus servicios la creación de páginas web para bodas. Temiendo que el Estado de Colorado, en virtud de la Ley Antidiscriminación de Colorado, le obligara a incluir las de uniones del mismo sexo, emprendió acciones legales, solicitando una medida cautelar que impidiera al Estado obligarla.

El Tribunal falla por mayoría con un argumento del juez Gorsuch, autor de la opinión concurrente más eficaz en *Masterpiece*. De hecho, retomando el mismo argumento, destaca cómo el Estado de Colorado no puede obligar a *Lorie Smith* a realizar una actividad creativa contraria a sus principios y valores. Tal elección está, de hecho, protegida por la Primera Enmienda. De hecho, la postura de Colorado, de ser aceptada, tendría como consecuencia que la diseñadora tuviera que expresarse “como exige el Estado o enfrentarse a sanciones por expresar sus creencias, sanciones que pueden incluir la participación obligatoria en ‘formación correctiva...’, la presentación de los informes periódicos de cumplimiento que los funcionarios consideren necesarios y el pago de multas monetarias”. La paradoja surge cuando se considera que, con este argumento, se podría obligar a un diseñador de páginas web homosexual a crear una página en contra de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

La opinión disidente de la jueza Sotomayor, a la que se unen las juezas Kagan y Brown, reconstruye, en cambio, la historia de la legislación antidiscriminatoria estadounidense a partir de la evolución de la noción de “alojamientos públicos”. Con *303 Creative*, la mayoría habría repudiado la larga y ardua lucha por afirmar el principio de igualdad sustantiva. Por lo tanto, según la juez Sotomayor, “hoy es un día triste para el derecho constitucional estadounidense y para la vida de las personas LGBT. El Tribunal Supremo de EE.UU. declara que un determinado tipo de negocio, abierto al público, tiene

el derecho constitucional a negarse a servir a miembros de una clase protegida. El Tribunal lo hace por primera vez en su historia. Al emitir esta nueva licencia de discriminación en una demanda interpuesta por una empresa que pretendía negar a las parejas del mismo sexo el disfrute pleno y en igualdad de condiciones de sus servicios, el efecto inmediato y simbólico de la decisión es marcar a gays y lesbianas con un estatus de segunda clase. De este modo, la propia decisión inflige una especie de daño estigmático adicional al causado por la denegación del servicio. La opinión del Tribunal es, literalmente, una advertencia que dice: 'Algunos servicios pueden ser denegados a parejas del mismo sexo'. De hecho, como señaló acertadamente Gorsuch, no se trata tanto de un caso de discriminación como de la respuesta a una simple pregunta: "¿Puede un Estado obligar a una persona que presta sus servicios expresivos a abandonar su conciencia y a pronunciar en su lugar el mensaje que (el Estado) prefiere?". Es difícil, sin embargo, predecir las consecuencias de *303 Creative*. Mucho dependerá de la interpretación que se dé en estas hipótesis a la noción de "actividad expresiva", cuyos límites son inciertos. Si, de hecho, prevalece una lectura restrictiva, su impacto en la práctica será mínimo.

Cabe señalar que el Tribunal Supremo del Reino Unido adoptó por unanimidad una directriz similar (KRICHKOVA, 2022) en relación con *Ashers Bakery*, una pastelería que ofrecía pasteles personalizados (HORNBY, 2020). Lee, un cliente habitual, solicitó que le prepararan una tarta para un evento con la imagen de los personajes Bert y Ernie, el logotipo de una organización de voluntarios de la comunidad LGBT de Irlanda del Norte y el mensaje "Support Gay Marriage" (Apoya el matrimonio homosexual). Aunque el pedido fue aceptado y pagado, a los pocos días la propietaria llamó a Lee disculpándose porque no podía atenderlo: era un mensaje contrario a sus valores cristianos.

La justificación de Lady Hale se centra en la libertad de pensamiento al señalar que "no hubo un trato menos favorable por este motivo porque cualquier otra persona habría sido tratada de la misma manera. La objeción no se refería al Sr. Lee porque... tuviera una opinión política favorable al matrimonio homosexual. Se refería a la obligación de promover el mensaje del pastel. Se dio un trato menos favorable al mensaje, no al hombre". Según esta perspectiva, por lo tanto, un servicio concreto sólo puede denegarse debido a su contenido específico, mientras que una denegación debida a la identidad del cliente no sería admisible. Así lo confirma la diferente decisión en el asunto *Ashers and Bull*, que trataba de la admisibilidad de la decisión de

los propietarios de un hotel de Cornualles de restringir la clientela a personas heterosexuales casadas por motivos religiosos. El Tribunal Supremo del Reino Unido, al fallar a favor de una pareja del mismo sexo vinculada por una unión civil a la que se había denegado una habitación, reconoció la existencia de discriminación directa.

Sin embargo, parte de la doctrina ha señalado que la distinción realizada en *Ashers* no es convincente: en tales casos, el mensaje y el mensajero estarían tan estrechamente relacionados que no podrían distinguirse. También se ha objetado que la preparación de un pastel con un mensaje específico no significaría que se compartiera. El ejemplo utilizado por el Tribunal de Apelación y recogido posteriormente por algunos autores es el de un pastelero aficionado a un equipo de fútbol que tiene que crear un pastel para festejar al equipo contrario: aunque decida hacerlo, su pastel no podría equipararse a animar (PERRIELLO, 2018). Sin embargo, la comparación es desconcertante debido a la imposibilidad de comparar la fe religiosa y la deportiva.

De hecho, se acoge con especial satisfacción la elaboración por parte del Tribunal de un amplio principio de libertad de conciencia, que parece ir más allá de las orientaciones anteriores y abrirse a una mayor consideración del elemento religioso (GOULD, 2019).

2 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Cabe señalar que la decisión del Tribunal Supremo Federal de EE.UU. plantea dos cuestiones diferentes. La primera se refiere a la conveniencia y los límites de restringir la libertad contractual para evitar conductas discriminatorias. Según una perspectiva liberal, de hecho, las intervenciones legislativas o jurisprudenciales producirían efectos distorsionadores negativos. En una economía de mercado, las personas pueden elegir entre varias ofertas diferentes: todo lo que necesitan hacer es “encender su ordenador para obtener pleno acceso a una rica gama de servicios de comerciantes dispuestos que buscan activamente su negocio” (ESPTEIN, 2018). Basándose en los principios de la economía liberal neoclásica, Richard Epstein advierte que el sistema acoge la toma de decisiones privada en mercados competitivos precisamente porque reconoce que los gustos generalmente difieren, la previsión es a menudo limitada y las capacidades individuales de cálculo y elección son generalmente imperfectas. En este contexto, las minorías o los desfavorecidos pueden aprovechar la amplitud del mercado para hacer negocios con las

empresas que les sean más favorables. De este modo, sólo sobrevivirán las empresas que mejor se adapten a las preferencias generales. Incluso podría argumentarse que, en una sociedad cada vez más tolerante, la decisión de una empresa de no atender a determinados tipos de clientes podría ser perjudicial y obligarla a cerrar.

El argumento no es del todo convincente. La historia enseña cómo los fenómenos de discriminación, aunque sean aislados en un momento dado, pueden conducir a largo plazo a la exclusión de ciertas categorías de personas de la vida social. Sobre todo, la libertad absoluta de mercado no conduce necesariamente a los mejores resultados. Hay que compartir las reflexiones de Guido Alpa cuando señala que basta con reivindicar más libertad para todos, hay que poner a todos en condiciones de elegir libremente en la vida (ALPA, 2021).

Una parte de la doctrina ha insistido en que la prohibición de discriminación contractual debe limitarse a los casos de ofertas públicas, esgrimiendo diferentes argumentos. En primer lugar, sólo en estos casos se produciría una violación del principio de dignidad de la persona con efectos distorsionadores en el mercado. Sin embargo, cabe señalar que los contratos negociados también pueden ser igualmente perjudiciales y distorsionadores (CARAPEZZA FIGLIA, 2018).

Según otra opinión, el legislador sólo podría restringir el principio de libertad contractual en el caso de las ofertas al público a la luz del equilibrio entre la libertad individual y la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado para un gran número de personas. No obstante, como ya se ha subrayado, puede haber casos de contratos negociados que no representen incidentes aislados, sino que constituyan una tendencia que provoque dificultades para determinados grupos de personas a la hora de obtener determinados bienes o servicios. Además, no parece posible evaluar los efectos de un contrato sin tener en cuenta el mercado de referencia específico. En Estados Unidos, por ejemplo, la extensión de los pactos restrictivos impidió durante décadas que los afroamericanos pudieran vivir en determinadas zonas.

Resulta, por tanto, que la prohibición de discriminación no depende del carácter negociado o no negociado del contrato, sino que debe impregnar siempre toda la disciplina contractual en todas sus fases.

La segunda cuestión se refiere a la necesidad de determinar su operatividad cuando entran en conflicto dos derechos o libertades diferentes, pero igualmente importantes. Este perfil es especialmente delicado en una sociedad pluralista. Se ha señalado, por ejemplo, cómo los propietarios de bares y restaurantes que se niegan a aceptar como huéspedes a parejas del mismo sexo o no casadas podrían ser acusados de discriminación. Del mismo modo, habría que considerar si los clientes ateos podrían pedir legítimamente que se retiraran todos los símbolos religiosos de un B&B o decidir en el último momento cambiar de destino sin incurrir en responsabilidad (COLLINS, 2013). En el Derecho europeo, debido a la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cualquier limitación de la libertad de elegir una parte contractual debe tener una finalidad legítima y solo se permite en la medida necesaria y adecuada para perseguir dicha finalidad. Además, cualquier interferencia con el derecho a la igualdad de trato debe estar justificada por la misma prueba de proporcionalidad. Sin embargo, esto no ha dado lugar a una ponderación equilibrada de intereses y valores, sino que a menudo ha llevado a subestimar el argumento religioso.

Un análisis del panorama jurisprudencial articulado revela, de hecho, cómo la labor de los Tribunales adopta casi siempre la forma de una jerarquización subjetiva y resulta difícil encontrar ese equilibrio propugnado por el Tribunal Supremo de Canadá cuando espera que “debe evitarse un enfoque jerárquico de los derechos, que anteponga unos derechos a otros, tanto en la interpretación de la Carta como en el desarrollo del common law. Cuando los derechos protegidos de dos individuos entran en conflicto [...] los principios de la Carta exigen un equilibrio que respete plenamente la importancia de ambos conjuntos de derechos”¹¹. Esto se debe tanto a la propia naturaleza de la adjudicación, que no permite la misma gradualidad y equilibrio que el proceso legislativo, como a la aparición de nuevos derechos que tienen cada vez más el carácter de “sí/no” (POSSENTI, 2017).

Aunque, de hecho, existe un acuerdo general sobre la idea de igualdad, hay profundas divisiones sobre cómo aplicarla en la práctica en función de los diferentes valores, ideologías, percepciones y culturas. Así pues, ni el principio de la dignidad humana ni la doctrina de los derechos fundamentales parecen haber ayudado hasta ahora a el intérprete.

¹¹ Dagenais contra Canadian Broadcasting Corp., [1994] 3 SCR 835.

La adopción de los primeros en las cartas constitucionales ha sido a menudo un reflejo de visiones diferentes (PIN, 2017). En la Constitución alemana se percibe la influencia del derecho natural cristiano, la filosofía moral kantiana y el individualismo. Esto da lugar a una multiplicidad de interpretaciones diferentes, lo que hace que su aplicación judicial sea especialmente incierta. Se trata de un principio invocado en numerosos litigios de diversa naturaleza e importancia, y su significado se encuentra a menudo tan diluido que hace dudar de su utilidad: de hecho, no existe un consenso general sobre su fundamento, su contenido esencial y los objetivos a los que tiende (HUTEN, 2020, p. 173). En la jurisprudencia italiana, por ejemplo, se señala que su uso obedece a la necesidad de ampliar y sacralizar nuevos derechos.

Estudiosos cuidadosos han señalado que, no obstante, es posible distinguir tres definiciones adoptadas por los tribunales (RAO, 2007):

- (a) valor intrínseco de cada individuo que existe en virtud de la humanidad de la persona y no depende de la inteligencia, la moralidad o el estatus social. La dignidad intrínseca se concibe como expresión de la igualdad humana: toda persona nace con el mismo grado de dignidad.
- (b) un instrumento para afirmar otros valores;
- (c) Reconocimiento y respeto. Esta idea de dignidad está arraigada en una concepción del yo como constituido por la comunidad en general: la identidad y el valor de una persona dependen de su relación con la sociedad. Por consiguiente, el respeto de la dignidad de una persona exige el reconocimiento y la validación de los individuos en su particularidad y sus elecciones. Tal visión lleva a menudo a equiparar dignidad con autodeterminación a pesar de que, como se ha señalado agudamente, los textos constitucionales que la distinguen de la libertad exigen que se busque su propio significado (RAO, 2011).

Sin embargo, estas diferentes concepciones del principio de dignidad operan en el plano constitucional de maneras completamente distintas, como demuestran las opiniones opuestas del juez Kennedy y del juez Thomas. El primero, en efecto, afirma que la dignidad protegida por la Constitución es un concepto más rico basado en la autonomía. Las elecciones íntimas que definen la identidad personal y las creencias son “fundamentales para la dignidad y la autonomía individuales”. En cambio, Thomas señala que “los esclavos no perdieron su dignidad (como tampoco perdieron su humanidad) porque

el gobierno permitiera que fueran esclavizados. Las personas retenidas en campos de internamiento no perdieron su dignidad porque el gobierno las confinara”¹². Para el juez Thomas, la dignidad significa la nobleza del ser humano, creado a imagen de Dios y, por tanto, de valor intrínseco.

Sin embargo, la cuestión de su fundamento sigue abierta: está claro, en efecto, que no puede ser ni autofundacional ni autorreferencial. Por otra parte, incluso en la Constitución alemana, la referencia a Dios introducida en la introducción del preámbulo podría, según una doctrina autorizada (NICOLUSSI, RUSCONI, 2019), constituir un criterio de lectura del artículo 1 para superar las incertidumbres interpretativas. El hombre está connotado por una dimensión metafísica que lo hace inviolable.

Perfiles similares surgen en el intento de identificar y definir los derechos fundamentales. Incluso en esta hipótesis se pueden encontrar dos orientaciones diferentes: la primera influenciada por el pensamiento de la Ilustración, la segunda de origen cristiana. Estas perspectivas se difieren profundamente en cuanto a su fundamento y, en consecuencia, a su determinación. En efecto, no parece posible limitarse, como cree Bobbio, a protegerlas, sin cuestionar su fundamento. En efecto, este perfil es pertinente en un momento en que los derechos fundamentales han pasado de ser una limitación al poder del Estado a una reivindicación frente a él. Además, el rápido desarrollo de las nuevas tecnologías ha llevado a que lo posible se considere un derecho, sin ninguna limitación. Es evidente cómo, incluso en presencia de un núcleo ontológico estable, pueden surgir nuevos derechos. Sin embargo, a falta de consenso sobre su fundamento, no puede haber acuerdo sobre su identificación.

Por tanto, como se ha puesto de manifiesto también en el ámbito jurídico, cualquier reflexión sobre el principio de dignidad y los derechos fundamentales sólo puede partir de una filosofía de la persona y no puede caer en el relativismo histórico (POSSENTI, 2018). Solo así podrían ser realmente útiles para el intérprete.

3 POSIBLE EVOLUCIÓN

En un intento de resolver los choques entre libertad religiosa y orientación sexual, la jurisprudencia recoge diversos criterios. Sin embargo, parece criticable

¹² Obergefell, cit.

el automatismo que suele llevar a los tribunales a hacer prevalecer la segunda sobre la primera. En efecto, “la neutralidad exige un enfoque pluralista por parte del Estado, no laico. Fomenta el respeto de todas las visiones del mundo en lugar de la preferencia por una... Optar por el laicismo frente a otras visiones del mundo – religiosas, filosóficas o de otro tipo – no es una opción neutral”¹³.

Tradicionalmente, este planteamiento se debía a la aplicación de la “teoría de la inmutabilidad”, según la cual la discriminación por motivos de raza, sexo, edad y discapacidad era más grave que la discriminación religiosa porque afectaba a características inmutables de la persona. Esta tesis ha sido aceptada en numerosas decisiones jurisprudenciales. En el asunto *Eweida contra British Airways*, Lord Sedley subraya cómo “no se puede dejar de observar que todas ellas, salvo la religión o las creencias, son características objetivas de las personas: sólo la religión y las creencias son una cuestión de elección”¹⁴.

Sin embargo, como señala Balkin, la teoría “confunde la existencia física de un rasgo con su significado en un sistema social... La cuestión no es si un rasgo es inmutable, sino si ha habido una historia de uso de ese rasgo para crear un sistema de significados sociales o definir una jerarquía social, lo que ayuda a dominar y oprimir a la gente. Cualquier conclusión sobre la importancia de la inmutabilidad presupone ya una opinión sobre la estructura social subyacente” (BALKIN, p. 2365-66). Esta tesis, de hecho, parece negar o restar importancia al papel de la religión no sólo en la definición de la identidad de una persona, sino también en la configuración de su pertenencia a un grupo. Consideremos, por ejemplo, su relevancia entre los *Hamish*.

Las numerosas críticas que ha recibido este punto de vista han provocado su declive, aunque no ha surgido una alternativa compartida (MCCRUDEN, 2018). En la actualidad, parece prevalecer el punto de vista minoritario, según el cual la discriminación por motivos de identidad es un ataque a un aspecto central de la personalidad. No todas las identidades deben protegerse por igual, sino solo aquellas que se asocian particularmente a un grupo “minoritario”. Es evidente, sin embargo, que este criterio no es concluyente (MCCRUDEN, 2018). Consideremos, por ejemplo, el caso en el que se comparan dos minorías: ¿cómo deben equilibrarse ambas posiciones? ¿Qué parámetro debe adoptarse?

¹³ *Lautsi c. Italia* (TEDH 18 de marzo de 2011, opinión concurrente del juez Power).

¹⁴ *Eweida/British Airways Plc* [2010] EWCA Civ 80.

Para superar estas cuestiones, se suele emplear en estos casos el criterio creencia/conducta, que distingue entre la libertad de creencia, que es absoluta, y la conducta, que está sujeta a limitaciones. Esta orientación no parece aceptable, ya que la creencia religiosa, por su propia naturaleza, no puede ser un mero hecho interno, sino que debe exteriorizarse en la conducta. Los límites deben imponerse con cautela y sólo cuando sean realmente necesarios. Mientras a la religión sólo se le permite un papel en la esfera privada, su protección se sacrifica a otros valores y principios y el debate se impregna de un laicismo con rasgos antiliberales. Se ha advertido que “el liberalismo moderno tiende a proteger la libertad religiosa sólo cuando no importa, cuando es privada e irrelevante”. Ésta es quizá nuestra “primera libertad”, pero también es nuestra libertad más combatida” (MCCONNELL, 1999).

Una postura opuesta es la de quienes, rechazando la distinción creencia/conducta, consideran una intromisión más profunda también en la esfera privada: “Las acciones en la esfera privada pueden tener efectos en el ámbito público. Toda persona debe asumir las consecuencias jurídicas de sus creencias privadas, siempre que dichas consecuencias no vulneren derechos fundamentales”¹⁵. Sin embargo, tal punto de vista conduciría a una reducción excesiva e ilegítima de la libertad religiosa.

Sobre todo, hay que subrayar cómo las perspectivas que infravaloran o reducen la religión a un asunto puramente privado violan la idea misma de neutralidad del Estado: “¿qué significa que el Estado respeta mi dignidad si no reconoce lo que es muy importante para mí, quizá lo más importante? ¿En qué reconoce mi humanidad si no reconoce el contenido de esta humanidad?” (MANENT, 2001, p. 324).

Por lo tanto, hay que identificar criterios que puedan conducir a resultados equilibrados y atentos a las distintas posiciones, sin llevar a una infravaloración sistemática de los derechos y libertades de la persona, que son, en cambio, de importancia primordial.

Una posible solución parece ser la prevista por el Tribunal Supremo Federal de EE.UU., que limita la posibilidad de rechazar determinados servicios a los casos de la actividad de expresión. Esta orientación es coherente con la opinión estadounidense que atribuye un valor casi absoluto a la libertad

¹⁵ Trinity Western University contra British Columbia College of Teachers [2001] 1 SCR 772.

de expresión del pensamiento. Sin embargo, incluso en el apreciable intento de establecer un parámetro de referencia claro, subsiste un perfil de incertidumbre puntualmente subrayado por el Tribunal Supremo de Nuevo México en el caso *Elane*: “No queremos trazar una línea divisoria entre las profesiones “creativas” o “expresivas” y todas las demás... El sector de las bodas, en particular, emplea a diversos profesionales que ofrecen sus servicios al público y cuyo trabajo implica destreza y creatividad. Por ejemplo, una florería no es intuitivamente “expresiva”, pero los floristas utilizan habilidades artísticas y formación para diseñar y realizar arreglos florales. Las panaderías también ofrecen servicios de alquiler, y los pasteles de boda son notoriamente intrincados y artísticos. Los tribunales no pueden decidir qué actividades comerciales son suficientemente artísticas para justificar una exención de las leyes antidiscriminatorias»¹⁶. Además, puede haber casos merecedores de protección que no correspondan a una profesión creativa.

Por tanto, parece más convincente el planteamiento desarrollado por el Tribunal Constitucional polaco en el asunto *Fiscalía Nacional contra A.J.*¹⁷ (*MIROCHA*, 2018). El foro LGBT, una organización no gubernamental celebró un contrato para imprimir un cartel con el nombre y los datos de contacto de la fundación para publicitar sus actividades. El impresor se negó a preparar la impresión, ya que no quería contribuir a la promoción de una fundación LGBT. Más tarde reiteró que se había comportado de acuerdo con “la Biblia, la moral y la conciencia”.

Se inició un procedimiento penal contra el propietario de la imprenta en virtud del artículo 138 del Código Penal (CO), que establece que “el que, ejerciendo profesionalmente una prestación de servicios,... voluntariamente y sin causa justificada, denegare un servicio al que estuviere obligado, será castigado con la pena de multa”.

En la exposición de motivos se reconstruye el origen y la función del artículo 138, adoptado en el contexto de una economía social para combatir

¹⁶ *Elane Photography, LLC contra Willock*, 2013-NMSC-040, 309 P.3d 53 (2022).

¹⁷ *Asunto II KK 333/17, OSNKW* (Sentencias del Tribunal Supremo, Salas Penal y Militar) 2018, núm. 9, punto 61.

la escasez de bienes y servicios debida a la planificación centralizada. Con la posterior apertura al mercado, la norma no se modificó y se interpretó de forma evolutiva y dinámica para la introducción de principios no discriminatorios en el Derecho contractual.

El Tribunal recuerda cómo en la jurisprudencia se ha aplicado el artículo 138 en el caso de una zapatería que no quiso atender a un cliente en silla de ruedas; el propietario de una tienda de ropa de segunda mano que prohibió la entrada a personas con silla de ruedas; el propietario de un club que denegó la entrada a un concierto de una persona en silla de ruedas. En estos casos, no se encontró ninguna justificación racional para la denegación. Es interesante superar la orientación anterior que identificaba un motivo legítimo únicamente en cuestiones objetivas o técnicas.

Hay que señalar que la determinación concreta de una justificación razonable y proporcional no es fácil. De hecho, hay algunas hipótesis claras que pueden remontarse a prejuicios, racismo o preferencias arbitrarias. Por ejemplo, sería inadmisibles negarse a alquilar una vivienda a personas de nacionalidad asiática por considerarlas desaliñadas o inexactas. Más complejas de evaluar son, en cambio, las razones que tienen un fundamento en la vida de esa persona concreta. De hecho, cabe preguntarse si quienes han sufrido el asesinato de uno de sus familiares a manos de un grupo por motivos ideológicos, religiosos, raciales o políticos pueden negarse legítimamente a celebrar contratos con miembros de ese grupo. Aunque sería preferible superar las divisiones que han dado lugar a crímenes para evitar que las fracturas cristalicen y se perpetúen, tampoco parece posible pasar por alto las heridas y el sufrimiento individuales.

La razonabilidad del motivo debe medirse entonces en relación con el tipo de contrato. En *Masterpiece*, la negativa se refería exclusivamente a la creación de un pastel nupcial para otro concepto de boda, mientras que la negativa a preparar uno para un cumpleaños no habría sido legítima.

Además, no debe ser una justificación engañosa. El pastelero había demostrado que seguía estrictamente los dictados cristianos: la religión no era un argumento ficticio para ocultar una supuesta discriminación, sino el punto de referencia de sus vidas.

La orientación polaca, aunque con márgenes de incertidumbre, puede garantizar esa necesaria flexibilidad y atención a los matices del caso concreto que son fundamentales en las decisiones relativas a la vida y los valores del individuo. Está claro, sin embargo, que también dependerá de la voluntad de la jurisprudencia de considerar con equilibrio los distintos valores y derechos, entre los que la libertad religiosa asume un papel primordial.

CONCLUSIONES

Al abordar los conflictos en materia de discriminación, incluidos los contractuales, se siente la profunda verdad de la afirmación rosminiana de que el derecho es una persona subsistente. Y no sólo la persona tiene derechos, sino que sobre todo debe descubrirse en ella la naturaleza del derecho (POSSENTI, 2017). Y es por tanto en esta perspectiva donde debe encontrarse la composición entre las diferentes visiones. Partiendo de una concepción de la dignidad y de los derechos fundamentales como consagración de la primacía originaria de la persona en su verdad ontológico-relacional (POSSENTI, 2017), es posible buscar ese nada fácil acto de equilibrio que lleva a proteger a la persona con respeto a sus diferentes valores, necesidades, intereses sin caer en fáciles automatismos. Esto impone al intérprete sensibilidad y atención al caso concreto en la conciencia de los límites del derecho. De hecho, como se ha observado, la “moral de la caridad es la única capaz de superar la moral de la justicia de la que está impregnado el derecho. Y es precisamente la apelación a la caridad – incluso cuando se ha olvidado su sentido religioso auténticamente cristiano – la que hace sentir los límites del derecho-justicia” (COTTA, 2023, p. 151).

REFERENCIAS

ALPA, G. *Il diritto di essere se stessi*. La Nave di Teseo Editore spa, 2021.

BERNSTEIN, D. *Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights against Progressive Reform*, Cambridge University Press, 2011.

BALKIN, J. M. The constitution of status. *Yale LJ*, 106, p. 2313, 1996.

CARAPEZZA FIGLIA, G. The prohibition of discrimination as a limit on contractual autonomy. *Italian LJ*, 4, p. 91, 2018.

COLLINS, H. The vanishing freedom to choose contractual partner. *Law and Contemporary Problems*, 76(2), p. 71, 2013.

COTTA, S. *Perché il diritto?*, SEI, 2023.

EPSTEIN, R. A. *The worst form of judicial minimalism – Masterpiece Cakeshop deserved a full vindication for its claims of religious liberty and free speech*, disponibile presso <http://www.scotusblog.com/2018/06/symposium-the-worst-form-of-judicial-minimalism-masterpiece-cakeshop-deserved-a-full-vindication-for-its-claims-of-religious-liberty-and-free-speech>, Ultimo acceso: 16 out. 2023, 2019.

ETTORE PERRIELLO, L. Discrimination based on sexual orientation and religious freedom in European contract law. *Italian LJ*, 4, p. 639, 2018.

GOULD, J. P. A Supreme Matter of Conscience: Lady Hale's Engagement with Article 9 ECHR, *Plymouth Law and Criminal Justice Review*, p. 46, 2019.

HORNBY, G. A. Let Them Eat Cake: A Comparative Analysis of Recent British and American Law on Religious Liberty. *Duq. L. Rev.*, 58, p.377, 2020.

HUTEN, N., L'instrumentalisation de la dignité humaine dans le droit contemporain, en B. Dumont, M. Ayuso, D. Castellano, *La Dignité Humaine*, Pierre Guillame de Roux, 2020.

KRICKOVA, L. (2022). Business owners' religious objections to same-sex marriage: the american versus european perspective. *ConLawNOW*, 13(2), p. 62-73.

MANENT, P. *Cours philosophie politique*, Gallimard, 2001.

MCCONNELL, M. W. Why is religious liberty the first freedom. *Cardozo L. Rev.*, 21, p. 1243, 1999.

MCCRUDDEN, C. *Litigating Religions*, Oxford University Press, 2018.

MIROCHA, L. *A recent polish case law in the masterpiece cakeshop case perspective*. *Forum Prawnicze*, 2018(2), p. 65-77, 2018.

NICOLUSSI, A., & Rusconi, C. Volti e risvolti della dignità umana: a settant'anni dall'art. 1 della costituzione tedesca. Volti e risvolti della dignità umana: a settant'anni dall'art. 1 della costituzione tedesca. *Jus*, p. 3-61, 2019.

PIN, A. Balancing Dignity, Equality and Religious Freedom: A Transnational Topic. *Ecclesiastical Law Journal*, 19(3), p. 292-306, 2017.

POSSENTI, V. , *Diritti umani. L'età delle pretese*. Rubettino, 2017.

RAO, N. On the use and abuse of dignity in constitutional law. *Colum. J. Eur. L.*, 14, p. 201, 2007.

RAO, N. Three concepts of dignity in constitutional law. *Notre Dame L. Rev.*, 86, p. 183, 2011.

SEPPER, E. The role of religion in state public accommodations laws. *Louis ULJ*, 60, p. 631, 2015.

Submissão em: 08.04.2024

Avaliado em: 10.04.2024 (Avaliador A)

Avaliado em: 22.04.2024 (Avaliador B)

Aceito em: 22.04.2024