

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL
DERECHO CONTRACTUAL ÍTALO-EUROPEO

*THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION AS A LIMIT ON
CONTRACTUAL AUTONOMY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 282-315

Gabriele
CARAPEZZA
FIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El artículo analiza la afirmación progresiva de la no discriminación como un principio del derecho contractual italiano y europeo. Después de haber examinado el concepto legislativo de discriminación contractual, el alcance de la prohibición y sus ámbitos de aplicación, el autor demuestra que la aplicabilidad directa del principio de igualdad en las relaciones de derecho privado es inseparable de la cuestión del control de la autonomía contractual, en el que se expresa el significado profundo del paradigma antidiscriminatorio. Con el propósito de asegurar una protección completa y efectiva, el trabajo se centra en el estudio de la diversificación de las técnicas de tutela antidiscriminatoria para elegir el “remedio civil justo”.

PALABRAS CLAVE: Discriminación; prohibición; contrato; igualdad de trato; formas de tutela.

ABSTRACT: *The essay analyzes the progressive assertion of non-discrimination as a principle within Italian and European contract law. After having examined the legislative concept of contractual discrimination, the scope of the prohibition and the extent of its impact, the Author shows that the direct applicability of the principle of equality within private law relations is inseparable from the issue of the review of contractual autonomy, where it expresses the core essence of the anti-discrimination paradigm. In order to assure full and effective protection, the paper focuses on diversification of techniques for protecting against discrimination and the choice of the “right” civil remedy.*

KEY WORDS: *Discrimination; prohibition; contract; equality; remedies.*

SUMARIO.- I. DISCRIMINACIÓN CONTRACTUAL EN LA SOCIEDAD PLURAL DE CONSUMO. CARÁCTER INDISPENSABLE DE UNA INTERVENCIÓN HETERO-REGULADORA DEL MERCADO.- II. LA AFIRMACIÓN PROGRESIVA DE LA NO DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIO DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO.- III. CONCEPTO NORMATIVO DE DISCRIMINACIÓN CONTRACTUAL Y ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN. EXTENSIÓN A LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y NECESIDAD DE JUSTIFICAR EL EFECTO DE LA DESIGUALDAD DE TRATO.- IV. PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO Y GRADUACIÓN DEL IMPACTO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR: EL PROBLEMA DE LOS INTERCAMBIOS INDIVIDUALES.- V. LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR Y ESTRUCTURA DEL JUICIO.- VI. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL ILÍCITO DISCRIMINATORIO.- VII. CARGA DE LA PRUEBA Y CONFIGURACIÓN DE UNA PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA.- VIII. DIVERSIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y ELECCIÓN DEL “REMEDIO CIVIL JUSTO”.

I. DISCRIMINACIÓN CONTRACTUAL EN LA SOCIEDAD PLURAL DE CONSUMO. CARÁCTER INDISPENSABLE DE UNA INTERVENCIÓN HETERO-REGULADORA DEL MERCADO.

La necesidad de repensar las reglas de una economía social de mercado plantea cuestiones nuevas y difíciles, que requieren revisar la relación entre producción, competencia y solidaridad, reconciliando libertad contractual e igualdad en el acceso al mercado¹. Tales conceptos, desde el punto de vista de la teoría general del contrato, afectan, sobremanera, al fenómeno de la discriminación contractual, incidiendo sobre preconceptos generalizados y arraigados en el entorno social sobre los mecanismos del mercado y de las dinámicas contractuales².

1 AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del IX Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli, 2015.

2 Sobre el fenómeno de la discriminación contractual véase FEMIA, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 456 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile”, en Id. (coord.), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002, p. 19 ss.; TROISI, B.: “Profili civilistici del divieto di discriminazione”, en AA.VV.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli, 2006, p. 295 ss.; MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007; Id., “Libertà contrattuale e divieto di discriminazione”, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 401 ss.; Id., “Discriminazione (dir. priv.)”, en *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, p. 490 ss.; Id., “Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti”, *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 161 ss.; LA ROCCA, D.: “Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi”, en BARBERA, M. (coord.): *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, p. 289 ss.; Id., *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008; GENTILI, A.: “Il principio di non discriminazione nei rapporti civili”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207 ss.; SOMMA, A.: “Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo”, en ALPA, G., LUDICA, G., PERFETTI, U. y P. ZATTI (coord.), *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009, p. 259 ss.; SOMMA, A.: “Razzismo economico e società dei consumi”, *Mat. storia cult. giur.*, 2009, p. 447 ss.; SITZIA,

La actitud de los contratantes hacia las cualidades personales de la parte contraria - en particular, sexo, origen nacional y étnico, religión - puede influir en el ejercicio de los poderes de la autonomía privada, a fin de producir un doble orden de efectos discriminatorios: impedir a los miembros del grupo desfavorecido el acceso a los bienes o servicios intercambiados o imponer condiciones contractuales diferentes o peores.

En el primer caso, el disfrute de un bien o servicio queda excluido por la negativa a contratar o la negativa a cumplir. En el segundo, el mercado transforma el prejuicio generalizado en un "recargo" que se añade al del bien o servicio: la posición social del sujeto pasivo de la discriminación se traduce en un costo adicional que la víctima está obligada a pagar para lograr la utilidad contractual³.

Por ejemplo, por limitarnos a casos tomados de nuestra jurisprudencia: la negativa de una agencia inmobiliaria a tratar con clientes extracomunitarios⁴; el estatuto de una cooperativa de construcción que permite ser socio solo a los ciudadanos de la UE⁵; la aplicación de diferentes precios a los clientes, debido a su origen étnico⁶.

En estos casos, la discriminación, que se traduce en la negativa a negociar o en imponer condiciones más desfavorables, determina tanto la violación de la dignidad humana y de la plena libertad de acceso a los intercambios contractuales de la parte contraria, como una deficiencia del mercado que reduce el tráfico jurídico, altera el mecanismo de formación de precios y mina el bienestar económico colectivo⁷.

Según una parte de los estudiosos del análisis económico del derecho, el mercado puede eliminar restricciones irracionales, por sí solo, incluidas las basadas en motivos discriminatorios⁸. Sería, pues, necesario atribuir, no al derecho, sino a la

L.: *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011; CHECCHINI, B.: "Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 186 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013; ID.: "Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1387 ss.; ID.: "Contratto, dignità della persona e ambiente civile. Riflessioni sul divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali", en AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, cit., p. 423 ss.; ID.: "The prohibition of discrimination as a limit on contractual autonomy", *Ital. Law Journ.*, 2018, p. 91 ss.; NAVARRETTA, E.: "Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.; DONADIO, G.: *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Torino, 2017.

3 Para profundizar sobre el tema puede verse FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 530 ss.

4 Trib. Milano, ord., 30 marzo 2000, *Foro it.*, 2000, I, c. 2040; Trib. Bologna, decr., 22 febrero 2001, *Dir. immigr. cittad.*, 2001, p. 101 ss.

5 Trib. Monza, ord., 27 marzo 2003, *Foro it.*, 2003, I, c. 3177 ss.

6 Trib. Padova, ord., 19 mayo 2005, *Giur. it.*, 2006, p. 951.

7 Ampliar en MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 41 ss.

8 En el debate de los Estados Unidos sobre la legislación laboral, se han planteado muchas críticas a la eficiencia de la normativa contra la discriminación: véanse, por ejemplo, POSNER, R.A.: "The Efficiency and the Efficacy of Title VII", *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 136, 1987, p. 513 ss.; DONOHUE III, J.: "Is Title VII Efficient?", *ivi*, 134, 1986, p. 1411 ss.; ID.: "Further Thoughts on Employment Discrimination Legislation: A Reply to Judge Posner", *ivi*, 136, 1987, p. 523 ss.

competencia, la represión de la discriminación en los intercambios contractuales, ya que el sujeto discriminado (visto como comprador) encontraría fácilmente un operador disponible para venderle el bien o servicio al precio de mercado⁹.

Sin embargo, se ha demostrado que el mercado, especialmente si está fragmentado, lejos de eliminar las prácticas discriminatorias, en tanto que antieconómicas, las interioriza en un mecanismo más amplio de cálculo de costes y beneficios¹⁰. Ajustarse a los prejuicios sociales se convierte en una estrategia destinada a maximizar las ganancias, a aumentar la productividad o incluso a evitar el fracaso empresarial¹¹.

La inclinación de los mecanismos de mercado – que se transforman en un “instrumento de debilitamiento de las relaciones sociales”¹²– a perpetuar y a ampliar los preconceptos generalizados, transfiriéndolos a la dinámica contractual, demuestra el carácter indispensable de una intervención heterónoma para contener el fenómeno discriminatorio. Esta se expresa en la posición normativa de la prohibición de discriminación, que veta la transformación de las diferencias (como “hechos”) en desigualdades (como “juicios de valor”).

Durante las dos últimas décadas la progresiva aparición de una legislación antidiscriminatoria articulada, a menudo, de carácter comunitario, expresa un modelo de hetero-regulación del mercado, que se centra en la disciplina del contrato.

Impedir al mercado que ceda a los prejuicios exige depurar toda la actividad contractual de la influencia de los factores de discriminación: desde la fase precontractual (negativa a negociar o a concluir el contrato), pasando por la determinación del contenido del contrato (aplicación de condiciones más desfavorables), hasta su ejecución (negativa a cumplir, modalidad de cumplimiento o ejercicio discriminatorio de las facultades contractuales)¹³.

9 Sobre el argumento, en la doctrina alemana, v. LADEUR, K.H.: “The German Proposal of an “Anti-Discrimination”-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann”, *German Law Journal*, 3, 2002, en www.germanlawjournal.com; PICKER, E.: “L’antidiscriminazione come programma per il diritto privato”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 701.

10 En la literatura norteamericana, AYRES, I.: “Fair Driving: Gender and Race in Retail Car Negotiation”, *Harvard Law Rev.*, 104, 1991, p. 817 ss., sobre el impacto de los prejuicios raciales y sexuales en el mercado del automóvil en Chicago.

11 Las discriminaciones practicadas por los operadores económicos pueden derivarse de la necesidad de “adaptarse a una creencia externa, como una estrategia (...) para la asignación eficiente de los recursos: FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 533 s.

12 Así, PERLINGIERI, P.: “Mercato, solidarietà e diritti umani”, *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss., ahora en *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 243. Cfr., también, FERRARESE, M.R.: *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, p. 42 ss.

13 Ampliar en MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 248.

II. LA AFIRMACIÓN PROGRESIVA DE LA NO DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIO DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO.

La época actual se ha definido como “una nueva *edad de oro* de la legislación contra la discriminación”¹⁴, debido a la riqueza de las fuentes normativas que han ampliado y profundizado en la tutela civil contra la misma.

Aunque se atribuye comúnmente al legislador europeo la introducción del principio de no discriminación en el derecho civil, su primera formulación en Italia se puede encontrar en un texto nacional, es decir, en los arts. 43 y 44 del Decreto Legislativo 25 de julio de 1998, n. 286¹⁵. Dentro de un corpus de carácter jurídico-público, como el Texto Único de Inmigración, se encuentra, sorprendentemente, lo que se ha definido como una “cláusula general de no discriminación”¹⁶, acompañada de una acción civil específica y de un conjunto articulado de formas de protección¹⁷.

Sin embargo, es en el acervo comunitario donde la no discriminación se convierte en una regla de derecho de los contratos, propagándose, a través de los mecanismos de armonización, en los ordenamientos jurídicos nacionales. Aunque la prohibición de discriminar a la otra parte ya había sido aceptada por los *Principles of the Existing EC Contract Law*, solo recientemente se ha desarrollado en el Derecho comunitario derivado, a la luz de la introducción, por el Tratado de Amsterdam de 1997, del art. 13 del Tratado constitutivo (actual art. 19 del Tratado FUE)¹⁸.

14 Así, BARBERA, M.: “Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità”, en *Id.* (coord.), *Il nuovo diritto*, cit., p. XIX.

15 Sobre los arts. 43 y 44 del Texto único de Inmigración v. MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Gli atti discriminatori”, cit., p. 31 ss.

16 Lo afirman MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Gli atti discriminatori”, cit., p. 31; TROISI, B.: “Profili civilistici”, cit., p. 297; SITZIA, L.: *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 58 ss.; MANTELLO, M.: *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008, p. 7.

17 Sobre el art. 44 del Texto único de Inmigración, v. SCARSELLI, G.: “Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale”, *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 805 ss.

18 En la versión inicial de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, la prohibición de discriminación no solo está desprovista de centralidad, sino que está dirigida exclusivamente al objetivo de garantizar la libre circulación de los factores productivos y el establecimiento del mercado común (arts. 7; 40, párrafo 3; 48; 52; 59; 119, Tratt. CE). Profundizar en FAVILLI, C.: “Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea”, en DE SIERVO, U. (coord.): *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 228. Sobre el cambio en el enfoque comunitario, consagrado por el Tratado de Amsterdam y la Carta de Nizza (arts. 20 e 21), v. LA ROCCA, D.: *Eguaglianza*, cit., p. 50 ss.

En el nuevo derecho ítalo-europeo, en una visión dinámica¹⁹, la prohibición de discriminar por motivos de raza, origen étnico²⁰ y sexo²¹, se extiende, más allá de la relación laboral, a todos los intercambios de mercado, y va acompañada de una disciplina procesal para la resolución de los conflictos²².

Aunque todavía es muy común que se reconozca una libertad total y absoluta de elegir a la otra parte contratante²³, la elección de la misma se ha convertido en objeto de una legislación copiosa y fragmentada, que somete a control el efecto de desigualdad -en el acceso a bienes o servicios- creado por la autonomía contractual. Una prueba elocuente del renovado enfoque regulador, que refuerza la posibilidad de poner en práctica la prohibición de la discriminación en las relaciones entre particulares, es aportado por las iniciativas emprendidas para la revisión del derecho contractual europeo: los Principios *Acquis* y el *Draft Common Frame of Reference*.

Aunque las directivas antidiscriminatorias no se concibieron como directivas sobre contratos, el *Acquis Group* –desarrollando la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que considera la no discriminación como un “principio general del

19 Según CELOTTO, A.: Sub Art. 21, en BIFULCO, R., CARTABIA, M. y CELOTTO, A. (coord.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 173, mientras que el art. 21 de la Carta de Niza prohíbe la discriminación con una disposición negativa, el art. 19 Trat. FUE obliga a los organismos comunitarios a desarrollar, positivamente, políticas y acciones contra la discriminación. Conf. BELL, M.: “The Right to Equality and Non-Discrimination”, en HERVEY, T. y KENNER, J. (coord.): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A legal perspective*, Oxford-Portland, 2003, p. 98 ss.; FERRAJOLI, L.: “Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea”, en GALASSO, A. (coord.), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto delle diversità*, Milano, 2007, p. 15 ss.

20 Directiva n. 2000/43/CE de 29 junio 2000, transpuesta mediante el d.lg. 9 julio 2003, n. 215.

21 Directiva n. 2004/113/CE de 13 diciembre 2004, transpuesta mediante el d.lg. 6 noviembre 2007, n. 196, que ha añadido los arts. 55 bis-55 decies en el d.lg. 11 abril 2006, n. 198, llamado “Código de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”.

22 D.lg. 2 septiembre 2011, n. 150, art. 28.

23 Ver, entre todos, GALGANO, F.: *Il negozio giuridico*, en *Tratt. dir. civ. e comm.*, dirigido por Cicu, A., Messineo, F. y Mengoni, L. y continuado por Schlesinger, P., 2ª ed., Milano, 2002, p. 53, según el cual se puede “en virtud de la propia autonomía contractual, responder no, sin tener que motivar el rechazo”; ROPPO, V.: *Il contratto*, en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por Iudica, G. y Zatti, P., 2ª ed., Milano, 2011, p. 79, que, aun identificando unas excepciones, afirma: “En la medida en que es el reino de la libertad, el contrato puede ser también reino de desigualdad y discriminación, basado en elecciones libres de los contratantes”.

Derecho comunitario²⁴– incluye la prohibición entre los principios generales en materia contractual²⁵, es decir, en una materia diferente de la laboral²⁶.

Por su parte, el *Draft Common Frame of Reference* dedica el Capítulo 2 del Libro II a la prohibición de discriminación y habla, por vez primera, de “*right not to be discriminated against*”²⁷. La adopción de la diferente terminología parece tener un significado especial, porque configura la no discriminación, no solo en los términos objetivos de una prohibición, sino en los de una situación jurídica subjetiva; y ello, para favorecer su penetración en el núcleo del derecho privado patrimonial: el derecho contractual.

III. CONCEPTO NORMATIVO DE DISCRIMINACIÓN CONTRACTUAL Y ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN. EXTENSIÓN A LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y NECESIDAD DE JUSTIFICAR EL EFECTO DE LA DESIGUALDAD DE TRATO.

Las fuentes del derecho proporcionan definiciones parcialmente diferentes de la “prohibición de discriminación en el contrato”. Sin embargo, es posible identificar un núcleo común en el supuesto.

En primer lugar, la discriminación no coincide con la idiosincrasia o la aversión individual. La disciplina antidiscriminatoria impide dar relevancia en la negociación a ciertas cualidades personales que se definen como rasgos sospechosos. Estos son elementos que caracterizan la identidad de la persona, identificados por el legislador por su correspondencia a grupos que han sufrido históricamente desventajas²⁸. A menudo habrá diferencias inherentes y no modificables, como

24 V. TJUE, 8 octubre 1980, *Überschär*, c. 810/79, *Racc.*, 1980, p. 2747; TJUE, 22 noviembre 2005, n. 144, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, c. 144/04, *Giur. it.*, 2006, p. 1816 ss., según el cual la fuente del principio de no discriminación no está representada por el Derecho comunitario derivado, sino que se encuentra “en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”. La clasificación de la no discriminación como un “principio general del Derecho comunitario” determina que su respeto no depende de la expiración del plazo para la transposición de las directivas que lo especifican. Por lo tanto, los tribunales nacionales están siempre obligados a garantizar la protección efectiva de los particulares, dejando de aplicar cualquier disposición contraria de la legislación nacional, independientemente de la correcta y diligente transposición de la normativa comunitaria secundaria. Cfr., también, TJUE, Gran Sala, 19 enero 2010, *Seda Küçükdeveci*, c. 555/07, en *Racc.*, 2010, p. 1-356. Cfr. FAVILLI, C.: “Il principio di non discriminazione nell’Unione europea e l’applicazione ai cittadini di paesi terzi”, en TEGA, D. (coord.), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, p. 59 ss.

25 Los Principios *Acquis* dedican a la prohibición de discriminación todo el capítulo 3, que se ubica entre los dedicados respectivamente a las obligaciones precontractuales (capítulo 2) y a la conclusión del contrato (capítulo 4). V. MAFFEIS, D.: *Il divieto*, cit., p. 265 ss.

26 El art. I:101, párrafo 3, excluye la aplicabilidad de los Principios *Acquis* en el “derecho laboral”, por lo que las directivas sobre la prohibición de discriminación se consideran fuente de derecho comunitario vigente en materia contractual, más allá del tradicional campo laboral.

27 Véase BERGER, V.A.: “Privatrechtlicher Diskriminierungsschutz als Grundsatz im Gemeinsamen Referenzrahmen für Europäisches Vertragsrecht”, *Eur. Rev. Priv. L.*, 2008, p. 864; SOMMA, A.: “Principio”, cit., p. 259 ss.

28 Se refiere al “danger of considerable exclusion”, NEUNER, J.: “Protection against discrimination in European Contract Law”, *Eur. Rev. Contract Law*, 2006, 35, p. 45. La tipificación legislativa de los factores de riesgo

la raza y el origen étnico (art. 43, Decreto Legislativo n. 286 de 1998 y Decreto Legislativo n. 215 de 2003, en aplicación de la Directiva n. 2000/43/CE); color, ascendencia u origen nacional (art. 43, Decreto Legislativo n. 286 de 1998); el género (Decreto Legislativo n. 196 de 2007, en aplicación de la Directiva 2004/113/CE); discapacidad (Ley de marzo de 2006, n. 67 y Propuesta de Directiva de 2 de julio de 2008 COM (2008) 426); edad (Propuesta de directiva de 2 de julio de 2008 COM (2008) 426). Pero las formulaciones normativas más recientes revelan también diferencias que son fruto de elecciones individuales, como religión (art. 43, párrafo 2, Decreto Legislativo n. 286 de 1998); creencias personales y orientación sexual (Propuesta de Directiva 2 de julio de 2008 COM (2008) 426). La difusión del prejuicio justifica la prohibición, ya que potencialmente implica la exclusión del acceso a los intercambios contractuales y una consiguiente marginación social²⁹.

La prohibición de discriminar no encuentra restricciones de alcance, ni desde el punto de vista objetivo del tipo contractual³⁰, ni desde el punto de vista subjetivo de la naturaleza de las partes o del papel que desempeñan en la negociación³¹. La regulación antidiscriminatoria presenta, por lo tanto, la notable peculiaridad de operar también en contratos entre particulares de “igual fuerza contractual”³²— con la expresa inclusión de los contratos inmobiliarios, a través de la referencia al acceso a la vivienda -que representan “un área conservadora”, donde generalmente las limitaciones de la libertad contractual son más esporádicas³³.

Por otro lado, es controvertida la aplicabilidad de la prohibición de la discriminación indirecta en el derecho contractual³⁴.

identifica tantos “*disadvantaged groups*”: STORK, F.: “Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law”, *German Law Journal*, vol. 6, n. 2, 2005, p. 538. V., también, BARCELLONA, M.: “Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti”, *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 645.

- 29 El problema de la relevancia de factores de discriminación distintos de los previstos en los enunciados legislativos puede resolverse positivamente, a la luz de una interpretación sistemática, que se basa en los indicados por fuentes jerárquicamente superiores, como los artículos 3 Cost.; 19 del Tratado FEU y 21 de la Carta de Niza. Véase, también, NAVARRETTA, E.: “Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto”, cit., p. 563 ss.
- 30 Las fuentes emplean la fórmula “acceso a bienes y servicios y su suministro” que no se refiere a tipos contractuales específicos y es independiente de la naturaleza de los efectos (reales u obligatorios) y del objeto del contrato.
- 31 En cuanto a la aplicación subjetiva de la prohibición de discriminación véase CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 81 ss., donde se afirma la aplicabilidad de la prohibición, como sujetos pasivos, a las personas jurídicas, entidades y asociaciones, a la luz de las cualidades personales de los participantes, de las finalidades y de la naturaleza del organismo.
- 32 Cfr. NAVARRETTA, E.: “Principio”, cit., p. 566.
- 33 Así, DE NOVA, G.: “Contratto: per una voce”, *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 643.
- 34 La admiten, CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 89 ss.; TROISI, B.: “Profili”, cit., p. 298; LA ROCCA, D.: “Eguaglianza”, cit., p. 447 ss.; STIZIA, L.: *Pari dignità*, cit., pp. 215, 269; BETTETINI, A.: “Divieto”, en GIANNITI, P. (coord.): *I diritti fondamentali nell’Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja, Branca e Galgano, coord. por De Nova, Bologna-Roma, 2013, p. 640 s.; en sentido contrario, MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., pp. 26, 75, nota 43 y 160, nota 119.

La discriminación es indirecta cuando una “disposición”, un “criterio”, una “práctica”, un “acto”, un “pacto” o un “comportamiento” “aparentemente neutrales” pueden poner a las personas de un género, raza o etnia “en una posición de específica desventaja” en comparación con otras, salvo que tal disposición, criterio, práctica, acto, pacto o comportamiento “se justifique objetivamente por una finalidad legítima y los medios empleados para conseguirla sean apropiados y necesarios” (art. 55 bis, párrafo 2, d.lg. n. 198 de 2006; 2, párrafo 1, let. b e 3, párrafo 4, d.lg. n. 215 del 2003)³⁵.

Una parte de la doctrina limita la prohibición de discriminación indirecta a las relaciones laborales, donde la persona del trabajador asume mayor centralidad³⁶. Sin embargo, no solo tal interpretación carece de cualquier apoyo textual, sino que se opone a numerosos datos normativos, que, con claridad inequívoca, refieren a la materia contractual la prohibición de la discriminación indirecta³⁷.

Esta figura -más que una forma de expansión de la prohibición- puede considerarse una “técnica” destinada a destacar el nexo causal, por lo demás invisible, entre un factor de discriminación y el efecto de desigualdad creado por la autonomía contractual. El juicio se enfoca en la probabilidad de que la exclusión no sea aleatoria³⁸, “desenmascarando” la supuesta neutralidad de un criterio de acceso a las utilidades contractuales, aparentemente aplicable a todos, que, de hecho, perjudica a los miembros de un determinado grupo con respecto a la mayoría.

De esta manera -como entiende también la más reciente jurisprudencia italiana- el ilícito discriminatorio se caracteriza por un efecto de desigualdad, que no encuentra una justificación objetiva en una finalidad legítima³⁹. El núcleo del problema es, precisamente, la necesidad de justificar el peor tratamiento

35 También el art. 43, d.lg. n. 286 de 1998 utiliza una fórmula que incluye la discriminación indirecta, cuando se refiere a “cualquier comportamiento que, directa o indirectamente, implique una distinción, exclusión, restricción o preferencia”, basada en un factor de riesgo.

36 MAFFEIS, D.: “Il divieto”, cit., p. 267 s.; Id., “Il diritto”, cit., p. 171 ss.

37 El art. 2, párrafo 1, d.lg. n. 215 de 2003, prohíbe “cualquier discriminación directa o indirecta basada en el origen racial o étnico” (así se expresan, también, el art. 2, párrafo 1 y el considerando 13 de la Directiva 2000/43/CE); de manera similar, según el art. 55 ter, párrafo 1, d.lg. n. 198 de 2006, “está prohibido todo tipo de discriminación sexual directa e indirecta en el acceso a bienes y servicios y su suministro” (así, también, el art. 4 y el considerando 12 de la Directiva 2004/113/CE). La aplicabilidad de la prohibición de la discriminación indirecta al derecho contractual se ve confirmada por el art. 3:102 de los Principios *Acquis*, que la considera vigente en el derecho comunitario derivado, más allá del derecho del trabajo, que el art. 1:101 excluye de la aplicabilidad de los Principios *Acquis*.

38 Así, BARBERA, M.: “Introduzione”, cit., p. XXXIII s. La causalidad indirecta reduce la relevancia de los estados subjetivos, en beneficio de técnicas de evaluación objetiva, como las basadas en estadísticas: CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 93 ss.; FAVILLI, C.: *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2009, pp. 149 s., 250 s.; BETTETINI, A.: *Divieto*, cit., p. 640.

39 Ampliar en CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., pp. 93, 233 s.; en la doctrina española, AGUILERA RULL, A.: “Discriminación directa e indirecta”, *In-Dret*, 2007, I, p. 10 s. La tesis del texto es aceptada por la jurisprudencia más reciente: Trib. Roma, ord., 8 marzo 2012, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 964; Trib. Catania, ord., 11 enero 2008, *Foro it.*, 2008, I, c. 1687, que, habiendo comprobado la existencia de una conducta del demandado que ha colocado a una “persona discapacitada en una posición de desventaja en

contractual. De hecho, de la regulación de la discriminación indirecta se desprende que la creación de un efecto de desigualdad no está prohibida cuando se encuentra “objetivamente justificada por finalidades legítimas perseguidas a través de medios apropiados y necesarios”⁴⁰.

Por lo tanto, habrá discriminación prohibida, si no hay ninguna justificación del trato desigual o si la supuesta justificación es fútil, y ello va acompañado de una desventaja considerable para el sujeto pasivo de la conducta. Por el contrario, se excluirá la ilicitud, cuando el efecto de desigualdad se equilibre con la búsqueda de una finalidad merecedora de protección, que se persiga por medios que no sean desproporcionados⁴¹.

A modo de ejemplo, se puede considerar una discriminación indirecta la prohibición de entrada en un establecimiento público a los clientes que usan cierta ropa (el velo o la *kippah*), cuando sea capaz de producir un trato desigual hacia los miembros de algunos grupos (mujeres de fe islámica o judíos ortodoxos). O las reglas de un edificio o de una multipropiedad, que regulan el uso de los elementos y de los servicios comunes, con el objetivo de prohibir la realización de actividades que, de manera particular, guarden relación con ciertos grupos culturales⁴². Sin embargo, el ilícito quedará excluido, si se puede identificar una justificación adecuada y proporcionada para el efecto de desigualdad, como, por ejemplo, particulares requisitos de seguridad o identificación inmediata, higiene y salud ambiental.

comparación con otras personas”, independientemente de la intencionalidad, reconocen la existencia de una discriminación ilícita y liquidan el daño moral.

- 40 Así, los arts. 3, párrafo 4, d.lg. n. 215 del 2003; 55 bis, párrafo 7, d.lg. n. 198 del 2006. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión europea, la discriminación indirecta no está prohibida cuando “objetivamente justificada”: TJUE, 16 diciembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e altri*, c. 127/07, *Racc.*, 2008, p. I-9895, § 23; TJUE, Gran Sala, 1 marzo 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt e Charles Basselier*, c. 236/09, *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 493 ss.; TJUE, 14 junio 2012, *Commissione c. Paesi Bassi*, c. 542/09, § 55; TJUE, 20 junio 2013, *Giersch e altri*, c. 20/12, § 46. En la jurisprudencia del TEDH se afirma que “a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”: *ex multis*, TEDH, Gran Sala, 19 febrero 2013, X y o. c. Austria, § 98.
- 41 Por esta razón, parece excesivo atribuir al contratante el deber de tener en cuenta necesidades culturales o religiosas específicas de posibles partes contratantes, a fin de “garantizar el respeto de la *diversidad*, base del derecho a la identidad y la diferencia” (así, *TROISI, B.*: “Profili”, cit., p. 298). El límite del sacrificio apreciable del propio interés define la relación entre efecto de desigualdad y razón justificadora del acto, comportamiento o criterio discriminatorio. Ampliar en *CARAPEZZA FIGLIA, G.*: *Divieto*, cit., p. 95 ss.
- 42 Véase *FEMIA, P.*: *Interessi*, cit., p. 541, nota 845; *BIANCA, C.M.*: “Il problema dei limiti all’autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione”, en *AA.VV.*: *Discriminazione razziale e autonomia privata*, Roma, 2006, p. 65.

IV. PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO Y GRADUACIÓN DEL IMPACTO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR: EL PROBLEMA DE LOS INTERCAMBIOS INDIVIDUALES.

Otra cuestión problemática es la controvertida aplicabilidad de la prohibición de discriminar a cualquier técnica de negociación⁴³.

Aunque en la elaboración doctrinal es común identificar el fundamento axiológico de la prohibición en un principio de grandes "potencialidades expansivas"⁴⁴, como es la dignidad humana⁴⁵, es frecuente limitar su alcance de aplicación a las ofertas al público⁴⁶. Para apoyar esta solución se han propuesto diferentes explicaciones.

Según una parte de la doctrina, solo la discriminación en los contratos abiertos, que contienen ofertas al público, puede afectar a la eficiencia del mercado y a la dignidad de los excluidos⁴⁷. Por lo tanto, un contratante puede evitar, si así lo desea, la aplicación de la prohibición de discriminar, pero, para hacerlo, debe soportar la carga de renunciar a las ofertas generales al público y utilizar, en cambio, una o más declaraciones individualizadas, que serán la premisa del desarrollo de otras tantas negociaciones. En este caso, el contratista puede discriminar lícitamente a la otra parte, rechazando la conclusión del contrato u ofreciéndole condiciones diferentes o peores, en virtud de un "factor de riesgo"⁴⁸.

La "fácil objeción"⁴⁹ a esta reconstrucción se basa en su inspiración en una lógica de tipo mercantil, incompatible con los valores del ordenamiento jurídico, hasta el punto de que "se prohíbe una grave humillación de la dignidad de la persona porque no beneficia al mercado"⁵⁰. Además -como se demostrará en las páginas

43 Es recurrente en el derecho privado europeo la expresión "bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos" (arts. 3, párrafo 1, l. h, dir. 2000/43/CE; 3, párrafo 1, dir. 2004/113/CE; 3:201 del Principi Acquis). Así, también, el art. 43, párrafo 2, l. b del Texto único de Inmigración.

44 Así, NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 552.

45 Véase BIANCA, C.M.: "Il problema", cit., p. 64 ss.; MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 44 ss.; GENTILI, A.: "Il principio", cit., p. 228 ss.; NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 551 ss. Sin embargo, como se ha argumentado en CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 179 ss., reconocer el núcleo del concepto de discriminación en la ofensa a la dignidad y no en la creación de un efecto de desigualdad, eclipsa la multiplicidad de intereses involucrados en el fenómeno y lo considera solamente como una forma de responsabilidad extracontractual, sin tener en cuenta los numerosos remedios previstos por las disciplinas antidiscriminatorias.

46 Cfr. MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 203 ss.; Id., "Il diritto", cit., p. 166 ss.; BRECCIA, U.: Sub Art. 1322 c.c., en NAVARRETTA, E. y ORESTANO, A. (coord.): *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349*, en *Comm. cod. civ.*, dirigido por E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 105; NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 551 ss. En cambio, admiten la extensión a las declaraciones individualizadas: CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 105 ss.; SITZIA, L.: *Pari dignità*, cit., p. 98 ss.; CHECCHINI, B.: "Eguaglianza", cit., p. 195 ss.

47 Así, MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 43.

48 MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 215 s.; Id., "Il diritto", cit., p. 166 ss.

49 Así, NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 553.

50 GENTILI, A.: "Il principio", cit., p. 225.

siguientes- incluso la discriminación en los contratos individualizados puede excluir a la víctima del acceso al mercado y perjudicar el bienestar económico colectivo⁵¹.

Una segunda orientación parte del presupuesto de que la libertad contractual, en principio, no está sometida a ningún control⁵², de modo que el legislador habría establecido una excepción, exclusivamente, en la oferta al público, buscando un equilibrio entre la autonomía individual y la igualdad de oportunidades de acceso al mercado de numerosas partes⁵³. El elemento de la "pluralidad de excluidos"⁵⁴ representaría el fundamento de la prohibición de discriminación contractual, lo que justificaría su limitación únicamente a las ofertas al público, donde hay "un sacrificio de muchos frente al interés del individuo"⁵⁵.

Sin embargo, no parece que el argumento del "sacrificio de muchos" pueda excluir la aplicabilidad de la prohibición de discriminación a los intercambios individualizados; sobre todo, cuando quien contrata (aunque evita el uso de la oferta al público) toma decisiones discriminatorias en serie en el contexto de las negociaciones individuales. Piénsese en una sociedad inmobiliaria, que en lugar de dirigirse a una categoría indeterminada, pero limitada de personas -utilizando una oferta al público⁵⁶- dirige una pluralidad de declaraciones individualizadas a un grupo de destinatarios seleccionados como clientes potenciales, reservándose el derecho de rechazar la conclusión del contrato con aquellos que, durante la negociación, revelen un específico origen étnico o una determinada convicción religiosa, a fin de garantizar la homogeneidad del edificio.

En segundo lugar, la difusión de los prejuicios sociales en un específico "mercado de referencia" puede implicar que el mismo comportamiento discriminatorio, incluso, si se expresa en el contexto de negociaciones individuales, impida de manera muy significativa o, incluso, excluya el acceso de los miembros del grupo desfavorecido a un determinado bien o servicio⁵⁷. A modo de ejemplo, pueden darse los mercados inmobiliarios caracterizados por una ubicación territorial particular, donde la conducta de los propietarios, sin recurrir a la oferta pública, impide totalmente la satisfacción de las necesidades de vivienda de los grupos discriminados, debido a la imposibilidad de negociar con terceros.

51 Véase, GENTILI, A.: "Il principio", cit., pp. 224 e 228 s.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieti*, cit., p. 105 ss.

52 Así, NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 555 s., según la cual "si el silencio sobre la elección contractual es legítimo, debe considerarse irrelevante la declaración de elección, incluida la discriminatoria".

53 NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 560 s.

54 NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 561.

55 NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 560.

56 Según la mayoría de la doctrina, la oferta al público puede dirigirse a un grupo limitado de destinatarios: FORCHIELLI, P.: "Offerta al pubblico", en *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, p. 764; SBISA, G.: *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, p. 256; OBERTO, G.: "Offerta al pubblico", en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 10; FEDERICO, A.: *Sub art. 1336 c.c.*, en PERLINGIERI, G. (coord.): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, I, Napoli, 2010, p. 467.

57 Ampliar en FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 477 s.; NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 562.

Por lo tanto, la pluralidad o singularidad de los excluidos debe evaluarse, no en abstracto, a la luz de la técnica de la negociación, sino en concreto, a nivel de cada "mercado de referencia": incluso en ausencia de una oferta al público, la discriminación puede afectar a la igualdad de oportunidades de acceso al mercado de una pluralidad de sujetos.

En términos más generales, la premisa de una diferente calificación de los intercambios individuales es que la prohibición de la discriminación no niega la libertad de elección de la otra parte, ni siquiera cuando el contratante dirige su declaración al público. El derecho comunitario establece claramente que la prohibición de discriminar "no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base" en uno de rasgos sospechosos (arts. 3, párrafo 2, directiva 2004/113/CE; 55 ter, párrafo 4, decreto legislativo n. 198 de 2006)⁵⁸.

Aunque la doctrina ha reconocido tradicionalmente una antinomia entre la autonomía privada y la prohibición de discriminación⁵⁹, esta última se limita a imponer la devaluación jurídica de ciertas diferencias de hecho, que no pueden afectar a las oportunidades de acceso a los intercambios en el mercado. También se debe reiterar que el control judicial de la naturaleza discriminatoria de la elección contractual, incluso, fuera de la oferta al público, se refiere, únicamente, a la negativa a negociar o a la negociación en peores condiciones. Por lo tanto, la prohibición de discriminación no genera ninguna "obligación general de justificar las decisiones contractuales"⁶⁰, porque, cuando se aplica a las negociaciones individuales, exige que exista una relación precontractual entre las partes⁶¹ (lo que es coherente con la tendencia del derecho contractual a impregnar de discrecionalidad el ejercicio

58 La prohibición de discriminación no discute la que BRECCIA, U.: "Contrarietà all'ordine pubblico", en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por Bessone, M., *Il contratto in generale*, XIII, 3, Torino, 1999, p. 200, define "la libertad de elegir la contraparte y contribuir a la formación de las reglas del contrato sin preocuparse de tratar de la misma manera las posibles contrapartes".

59 Identifican una contradicción irreconciliable entre el reconocimiento generalizado de la igualdad, entendida como igualdad de trato, y la libertad contractual: RESCIGNO, P.: "Sul cosiddetto principio d'uguaglianza nel diritto privato", *Foro it.*, 1960, I, c. 664 ss., ahora en *Id.*: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, I, (rist.), Padova, 1987, p. 335 ss.; CARUSI, D.: *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1998, p. 13 ss.; PASETTI, G.: *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, pp. 13 s., 43 ss.; *Id.*, "Parità di trattamento", en *Enc. giur.* Treccani, XXII, Roma, 1990, p. 1 s.; PELLECCIA, E.: *Scelte contrattuali e informazioni personali*, Torino, 2005, p. 118.

60 Así, NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 556, que teme "una interpretación sustancialmente abrogadora de la libertad contractual". De acuerdo con la autora, aplicar la prohibición de la discriminación incluso a los intercambios individuales requeriría "motivar siempre y *ab initio* sus propias decisiones contractuales".

61 Fallando una relación precontractual entre las partes, no sería concebible, ni la negativa a celebrar el contrato, ni la imposición de condiciones contractuales más desfavorables. Por lo tanto, aplicar la prohibición de discriminación a los intercambios individuales, no impide -como afirma MAFFEIS, D.: "Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti", cit., p. 170- al contratante "formular una propuesta contractual a una persona con un nombre y un apellido que le agraden, y solo a esta", porque el control judicial, en los intercambios individuales, no se ejerce sobre la propuesta, sino -hay que reiterarlo- sobre la negativa a contratar y la contratación en peores condiciones.

de la autonomía), exclusivamente, en contextos particulares⁶², caracterizados por un cierto grado de relacionalidad entre las partes.

Por lo tanto, la carga de justificar las desigualdades creadas por la autonomía privada encuentra diferentes manifestaciones, que dependen también del procedimiento de conclusión del contrato. Sin embargo, de la circunstancia de dirigir al público la declaración contractual no se puede deducir la solución del conflicto entre la libertad contractual y la prohibición de discriminación, de modo que prevalezca la primera (en las declaraciones individualizadas) o la segunda (en las declaraciones al público)⁶³.

Por un lado, incluso en presencia de una declaración dirigida al público, el interés del oferente en elegir entre más aceptantes puede ser digno de protección, siempre que el criterio adoptado no sea discriminatorio⁶⁴. Por otro lado, en los intercambios individuales, no siempre se puede considerar protegido el interés a elegir libremente a la otra parte contratante.

De hecho, se enseña que la transferibilidad/intransferibilidad de la oferta debe vincularse a la transferibilidad/intransferibilidad del contrato, de modo que si la propuesta es "impersonal" puede "circular", incluso, sin el consentimiento de su autor⁶⁵. De esta forma, se demuestra que es falso que, solo cuando existe una declaración al público, el contratante no tiene interés en distinguir a la parte contraria de acuerdo con sus cualidades personales⁶⁶. Existen relaciones en las que no existe tal interés, incluso si la formación del contrato se deriva de una declaración individualizada.

No faltan normas que confirman la necesidad de diversificar las modalidades de aplicación de la prohibición de discriminar, no según el criterio meramente procedimental de la formación del contrato, sino siguiendo un método teleológico-sistemático.

El alcance operativo de la legislación antidiscriminatoria, de hecho, está limitado por referencia a los bienes y servicios "que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en ese contexto"⁶⁷. Si

62 Sobre el control de la autonomía contractual, véase PERLINGIERI, P.: "Nuovi profili del contratto", *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss., ahora en *Id.*, *Il diritto*, cit., p. 415 ss.; *Id.*, "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, I, spec. p. 326, que identifica los principios de referencia del control de la legalidad de las normas y del control de la validez de los contratos.

63 CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 105 ss.

64 Cfr. MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 206 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 112 ss.

65 Así, SACCO, R. en *Id.* y DE NOVA, G.: *Il contratto*, II, cit., p. 337 ss.

66 Por el contrario, lo afirma MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 205.

67 Así, los artículos 3, párrafo 1, Directiva 2004/113/CE; 55 ter, párrafo 2, del decreto legislativo n. 198 de 2006. Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE añaden, en los considerandos, que el principio de no discriminación debe equilibrarse con "otros derechos y libertades fundamentales, incluida la protección de

la prohibición de discriminar funcionara solo en presencia de una declaración al público, la exclusión de los intercambios realizados en el ámbito de la vida privada y familiar carecería de un valor normativo propio. La disciplina antidiscriminatoria ya debería considerarse inaplicable, en virtud del uso de técnicas contractuales diferentes a la de la oferta al público y a la de la invitación a ofrecer.

Una vez más, hay que resolver la cuestión comprobando la justificación del efecto de desigualdad generado por la autonomía privada. Cuanto más afecta un contrato a la esfera personal del individuo (llamado "*Kernbereich der persönlichen Freiheitssphäre*"), tanto menor debe ser el control judicial sobre la libertad de elección del otro contratante, pudiendo llegar a eliminarse, como en los casos del alquiler de una casa de vacaciones a un miembro de la familia o de una habitación en un hogar privado, pues se trata de supuestos relacionados con el "ámbito de la vida privada y familiar", que no está sujeto a la prohibición de discriminar⁶⁸.

Sin embargo, más allá de estos contextos, la prohibición puede aplicarse a los intercambios individuales, donde el efecto de desigualdad no se justifica por un interés merecedor de protección. Considérese el caso de la negociación individual iniciada por un sujeto, en el ejercicio de una actividad comercial o profesional⁶⁹, que interrumpe las negociaciones y rechaza la celebración del contrato, por una razón discriminatoria, tal vez expresamente declarada⁷⁰. O la hipótesis del propietario de un complejo de viviendas que, sin dirigirse al público, arrienda unidades inmobiliarias idénticas, aplicando condiciones contractuales mucho menos favorables para los inquilinos de un cierto origen étnico o creencia religiosa.

En conclusión, no excluir *a priori* que pueda configurarse un ilícito discriminatorio, incluso fuera de la oferta al público, no implica, como se ha dicho, la destrucción de la libertad contractual⁷¹, porque, según el contexto de su aplicación, la prohibición de discriminación cambia su grado de impacto, debido a la diferente calidad e intensidad de protección de los intereses en conflicto. Unas veces, como en el caso de los intercambios llevados a cabo en el "ámbito de la vida privada y familiar", el legislador pondera directamente el justo equilibrio entre los intereses en juego,

la vida privada y familiar y de las transacciones llevadas a cabo en esta área". Distingue, correctamente, entre "public and private spheres of the individual", PINTO OLIVEIRA, N.M. y MAC CROIRIE, B.: "Anti-discrimination Rules in European Contract Law", en GRUNDMANN, S. (coord.): *Constitutional Values and European Contract Law*, L'Aja, 2008, p. 115 ss.

- 68 La plena libertad de elegir la contraparte en el "área de vida privada y familiar" se justifica por la necesidad de promover una amplia autodeterminación del individuo en su propia dimensión existencial (NEUNER, J.: "Diskriminierungsschutz durch Privatrecht", *Juristen Zeitung*, 2003, p. 57 ss.; STORK, F.: "Comments", cit., p. 539).
- 69 El control es mayor cuando la discriminación tiene lugar en el ejercicio de una actividad económica: SACCO, R. en ID. y DE NOVA, G.: *Il contratto*, II, cit., p. 100; FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 543 ss.
- 70 A modo de ejemplo, la empresa que rechaza la prestación de sus servicios de corretaje de bienes inmuebles debido a la nacionalidad del solicitante o el catering que se niega a realizar sus servicios, en virtud del origen étnico del cliente.
- 71 Así, MAFFEIS, D.: "Il diritto", cit., pp. 168, 175; NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 555 s.

haciendo prevalecer la libertad contractual; otras veces, como en los ejemplos citados de negociaciones individualizadas, permite un control sobre la justificación del efecto de desigualdad producido en la elección de la parte contraria.

V. LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR Y ESTRUCTURA DEL JUICIO.

Finalmente, la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* reconoce que el núcleo conceptual de la prohibición de discriminar es la justificación del efecto de la desigualdad.

Después de sostener una posición restrictiva⁷², el Tribunal Supremo identifica el fundamento del principio de no discriminación directamente en el art. 3 cost.⁷³, superando la tradicional hostilidad que se expresó, tanto en la búsqueda de las fuentes de la igualdad en otros principios constitucionales, como en el uso de argumentos más habituales en la dogmática, como el orden público o las buenas costumbres⁷⁴.

Las Secciones Unidas aceptan las sugerencias de la jurisprudencia europea -que considera la no discriminación como expresión del principio de igualdad⁷⁵, un derecho humano fundamental directamente exigible en las relaciones entre particulares⁷⁶-y deriva de numerosos instrumentos internacionales (art. 14 del CEDH; 2 Tratado de la UE, arts. 18 y 19 del Tratado FUE, art. 21 Carta de los derechos fundamentales de la UE), pero sobre todo “del principio constitucional fundamental de igualdad (art. 3 de la Constitución)”, un “derecho subjetivo absoluto” a no ser discriminado “que protege un área de libertad y potencialidad del sujeto, en contra de cualquier tipo de violación”⁷⁷.

72 Véase, Cass., Sez. un., 29 mayo 1993, n. 6030, *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2341 ss. Puede profundizarse en GIORGINI, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 163 ss.

73 Cass., Sez. un., 15 febrero 2011, n. 3670, *Foro it.*, 2011, 4, I, c. 1101 ss.; Cass., Sez. un., 30 marzo 2011, n. 7186, *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1095 ss. V., *amplius*, PERLINGIERI, P.: “Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile”, *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 724 ss., ahora en *Id.*: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 135 ss.

74 Para una revisión crítica de estas posiciones, me remito a CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., p. 142 ss.

75 Cfr., *ex multis*, TJUE, 8 octubre 1980, *Überschär*, c. 810/79, cit.; TJUE, 17 julio 1997, *The Queen c. National Farmers' Union e a.*, c. 354/95, *Racc.*, 1995, p. I-4559, § 61; TJUE, 30 abril 1996, c. 13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, § 18, *Racc.*, 1996, p. I-2165; TJUE, 22 noviembre 2005, n. 144, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, c. 144/04, cit.

76 En este sentido, v. TJUE, 12 diciembre 2000, *Ángel Rodríguez Caballero*, c. 442/00, *Racc.*, 2002, I, p. 11915, § 32. Cfr., también, TJUE, 22 noviembre 2005, n. 144, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, c. 144/04, cit.; TJUE, Gran Sala, 19 enero 2010, *Seda Küçükdeveci*, c. 555/07, *Racc.*, 2010, p. I-356.

77 Así, Cass., Sez. un., 15 febrero 2011, n. 3670, cit.; Cass., Sez. un., 30 marzo 2011, n. 7186, cit. Véase, también, el art. II.-2:101 del *Draft Common Frame of Reference*, que habla de “right not to be discriminated against”.

De esta manera, la prohibición de discriminación contractual revela el doble papel que el principio de igualdad puede adquirir con el reconocimiento de su eficacia horizontal⁷⁸: derecho subjetivo de la persona y limitación objetiva de todos los “poderes reguladores”, incluida la autonomía privada. Por lo tanto, la aplicabilidad directa del precepto de igualdad en las relaciones de derecho civil no se puede diferenciar del control de la autonomía contractual, en el que se expresa el significado profundo del paradigma antidiscriminatorio.

Desde esta perspectiva, es posible abordar el problema de la fisonomía de la discriminación.

De acuerdo con la orientación más común, el juicio sobre la existencia de la discriminación tiene carácter relacional, porque requiere un criterio de comparación y dos términos para comparar⁷⁹. Sin embargo, si la estructura del juicio de discriminación es ternaria -es decir, basada en una comparación real o virtual- la discriminación acaba por identificarse con el trato desigual⁸⁰. La comparación entre dos casos, a la luz de un canon preexistente, tiende a determinar la observancia de un principio de igualdad, que opera como un parámetro preestablecido de evaluación del acto o comportamiento. El *tertium comparationis* revela el efecto de desigualdad en el acceso a la utilidad contractual, pero nada dice acerca de la existencia de su justificación.

No se aleja mucho de este modelo, la orientación según la cual comprobar la discriminación -como el juicio sobre el “dolo incidental” ex art. 1440 c.c.- requiere la verificación de si la cualidad personal de la parte contraria ha afectado al proceso de formación del consentimiento⁸¹. De esta manera, de hecho, siempre se requiere una comparación virtual, para comprobar si el tratamiento de la parte contraria es peor que el tratamiento hipotético que se le habría dado, en ausencia del perjuicio⁸².

78 Admiten la aplicación del art. 3 cost. en las relaciones entre particulares, OPPO, G.: “Eguaglianza e contratto nella società per azioni”, *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 633 ss; BIANCA, C.M.: *Le autorità private*, Napoli, 1977, ahora en *Id.: Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, 2002, I, I, p. 50, nota 10; PERLINGIERI, P.: *Il diritto*, cit., spec. p. 459 ss.; *Id.*: “Eguaglianza”, cit., p. 137 ss.

79 Así, TROISI, B.: “Profili”, cit., p. 297; SITZIA, L.: *Pari dignità*, cit., p. 249; LA ROCCA, D.: *Eguaglianza*, cit., p. 175.

80 En la comparación real, el término de comparación es otro hecho concreto: Ticio se niega a negociar con Cayo, porque es de religión judía, pero negocia con Sempronio de diferente creencia religiosa. Sin embargo, cuando a la negativa opuesta a Cayo no siguen otras negociaciones, falta el término concreto de comparación. Se justificaría, así, el uso de la comparación virtual, que supone un estándar de comparación, es decir, el comportamiento hipotético que Ticio habría mantenido con una contraparte que carece de la calidad personal que constituye un factor de discriminación.

81 MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 59; SITZIA, L.: *Pari dignità*, cit., p. 250.

82 Aunque MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 67, lo niega explícitamente, atribuye al juicio sobre la discriminación una estructura ternaria, porque compara el tratamiento de la contraparte, a la luz del parámetro, con un *tertium comparationis* que es un estándar abstracto, es decir, el tratamiento hipotético que se practicaría en ausencia del factor de riesgo.

Sin embargo, es posible proponer una reconstrucción diferente del juicio de discriminación, coherente con la mutua indiferencia de las relaciones contractuales con diferentes partes contrarias, que tiende a caracterizar el derecho contractual⁸³.

De acuerdo con la legislación actual, la discriminación no presupone la presencia necesaria de una “distinción” o “preferencia”, porque simplemente requiere una “exclusión” o “restricción” (art. 43, decreto legislativo n. 286 de 1998) y, sobre todo, porque “no constituyen actos de discriminación” las diferencias de trato que “se justifiquen objetivamente por una finalidad legítima y los medios empleados para conseguir las sean apropiados y necesarios” (art. 3, párrafo 4, decreto legislativo n. 215 de 2003; 55 bis, párrafo 7, decreto legislativo n. 198 de 2006)⁸⁴.

Se considera también discriminación prohibida el acoso (art. 2, párrafo 3, decreto legislativo n. 215 de 2003; 55 bis, párrafos 4 y 5, decreto legislativo n. 198 de 2006), que consiste en un comportamiento que menoscaba “un derecho absoluto a no ser intimidado, degradado, humillado u ofendido (y por lo tanto a no ser desfavorecido y no más desfavorecido) por sus características subjetivas”⁸⁵.

El abandono del modelo de juicio comparativo se confirma aún más en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo⁸⁶ y en la del de Luxemburgo, que, en disputas discriminatorias, independientemente de la referencia a un término de comparación, centran la sentencia en el vínculo entre el trato desfavorable y la presencia de un factor de riesgo⁸⁷.

Por lo tanto, se demuestra que la violación de la prohibición de discriminación contractual no deriva de la creación de una desigualdad, en comparación con una situación (real o hipotética) que tiene características similares, sino de una valoración negativa hacia un acto o comportamiento que, sin una justificación

83 Cfr. PATTI, S.: “Alcune innovazioni del codice del 1942 nella materia dei contratti e la loro incidenza sulla autonomia privata”, en AA.VV.: *I cinquant'anni del codice civile*, II, Milano, 1993, p. 767.

84 En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de una causa de justificación excluye la existencia de la discriminación: FAVILLI, C.: *La non discriminazione*, cit., pp. 104 e 112 ss.

85 Así, BARBERA, M.: “Introduzione”, cit., p. XXXII; Id.: “Eguaglianza”, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 403.

86 Según la cual una diferencia de trato es discriminatoria, de conformidad con el art. 14 de la Convención, cuando “no tiene una justificación objetiva y razonable”, porque “no persigue un objetivo legítimo” o no existe una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”: *ex multis*, TEDH, 18 julio 1994, *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, § 24; TEDH, 27 marzo 1998, *Petrovic c. Austria*, § 30; TEDH, 25 octubre 2005, *Niedzwiecki c. Alemania*, § 32; TEDH, 29 octubre 2009, *Si Amer c. Francia*, § 39.

87 Valor emblemático asume la jurisprudencia relacionada con la discriminación de género. Por ejemplo, el embarazo hace que sea imposible encontrar un término comparativo en un sujeto masculino, por lo que el Tribunal de Justicia funda el juicio sobre la evidencia del vínculo entre el tratamiento desfavorable y el factor de riesgo: TJUE, 8 noviembre 1990, *Dekker*, c. 177/88, en *Racc.*, 1990, p. 3941; TJUE, 14 julio 1994, *Webb*, c. 32/93, *ivi*, 1994, p. I-3567. Aún más importantes son las decisiones en las que la ilicitud del tratamiento discriminatorio de una persona que ha sufrido un cambio de género no se debe a una comparación con un *tertium comparationis*, sino a la consideración de que “tolerar tal discriminación sería equivalente a poner en *non cale*, con respecto a esa persona, la tutela de la dignidad y de la libertad que la Corte debe proteger”: TJUE, 30 abril 1996, *P. c. S. e Cornwall County Council*, cit., c. 13/94, p. I- 2165, § 22; TJUE, 7 enero 2004, *K.B.*, c. 117/01, *Racc.*, 2004, p. I-541.

objetiva y razonable, impide o limita el acceso del otro contratante a bienes o servicios, debido a una cualidad personal que consiste en un factor de riesgo.

Desde un punto de vista práctico (y no solo teórico), las diferencias producidas por las diferentes concepciones del juicio de discriminación son considerables. Es muy claro el ejemplo de los bancos éticos que, de acuerdo con las disposiciones estatutarias, excluyen "relaciones financieras con aquellas actividades económicas que, incluso de manera indirecta, obstaculizan el desarrollo humano y contribuyen a violar los derechos fundamentales de la persona"⁸⁸.

La conducta de los bancos éticos realiza una discriminación prohibida, si el juicio se resuelve, tanto en una comparación relacional, como en la verificación de la incidencia sobre el consentimiento de una cualidad personal de la contraparte⁸⁹.

Por el contrario, el resultado puede cambiar, si el control judicial de la naturaleza discriminatoria de la elección contractual comprueba si la creación de un efecto de desigualdad "se justifica objetivamente por una finalidad legítima y los medios empleados para conseguirla son apropiados y necesarios". En este caso, de hecho, la exclusión o la limitación de los intercambios de mercado, establecida por el banco ético con cargo a las partes contrarias, no integrará un ilícito discriminatorio, siempre que persiga, de manera proporcionada, un interés digno de protección según el ordenamiento jurídico.

Se ha argumentado que, de esta manera, la "*preferencia normativa* para la aplicación de la prohibición de discriminación se identifica con la preferencia personal del intérprete", ya que "la idea de establecer una jerarquía de los intereses es ahistorica"⁹⁰. Sin embargo, debe reiterarse que en el ordenamiento actual existe una jerarquía de intereses que debe derivarse de la axiología constitucional⁹¹, por lo que, a modo de ejemplo, se puede justificar el rechazo de los bancos éticos a contratar con empresas involucradas en actividades que contemplan: la producción y comercialización de armas (art. 11 de la Constitución); el uso y desarrollo de fuentes de energía y tecnologías que son potencialmente peligrosas para el hombre y el medio ambiente (arts. 2, 9 y 32 de la Constitución); la explotación del trabajo infantil (art. 37 de la Constitución), la violación de los derechos de la persona del trabajador (art. 36 de la Constitución).

88 Así, el art. 5 del Estatuto de la Banca Popolare Etica s.c.p.a.

89 Lo afirma MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 193; *Id.*: "Il diritto", cit., p. 178 s.

90 MAFFEIS, D.: "Il diritto", cit., p. 179.

91 Véase, entre todos, PERLINGIERI, P.: "Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti", *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss., ahora en *Id.*: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 348 ss.

VI. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL ILÍCITO DISCRIMINATORIO.

Que esta propuesta es correcta se confirma, tanto por la disciplina del criterio de imputación del ilícito discriminatorio, como por el relativo régimen probatorio.

Parte de la doctrina considera la discriminación como un acto ilícito doloso y, además, añade que el *animus* debe ser “único y exclusivo”⁹². Desde este punto de vista es esencial que la cualidad personal de la parte contraria determine, de manera exclusiva, el consentimiento del contratante, es decir, que “se represente a sí mismo y desee dar” al otro “un trato perjudicial o más desfavorable”⁹³.

No obstante, esta tesis se expone a numerosas objeciones.

En primer lugar, se requiere una precisa base normativa⁹⁴ para superar la tendencial equivalencia entre el dolo y la culpa, establecida por la cláusula general de responsabilidad civil (art. 2043 del Código Civil)⁹⁵.

De hecho, los ilícitos que requieren el dolo expresan una valoración preferente del interés del sujeto activo con respecto al de la víctima: a través del requisito de la intencionalidad, el ordenamiento amplía el área de libertad del autor de la conducta⁹⁶.

Sin embargo, en la discriminación contractual, la preferencia normativa opera en favor de la posición jurídica del sujeto pasivo, ya que la libertad contractual del agente, que no se encuentra entre los derechos humanos inviolables⁹⁷, se enfrenta al “derecho subjetivo absoluto a no ser discriminado”, al que la jurisprudencia reconoce el rango de derecho fundamental “de importancia constitucional y supranacional”⁹⁸.

92 MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 160.

93 Así, MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 161 s.

94 Cfr. CENDON, P.: *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 156 s.; VISINTINI, G.: *I fatti illeciti*, II, Padova, 1990, p. 247, que recuerdan el daño al honor; la inducción al incumplimiento; la presentación de una denuncia penal infundada, etc. En tales casos, la intencionalidad de la conducta hace posible clasificar como ilícito civil un hecho que, de lo contrario, permanecería indiferente.

95 V. ALPA, G.: *Trattato di diritto civile*, 4, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 234; FRANZONI, M.: *L'illecito*, en *Trattato della responsabilità civile*, dirigido por Franzoni, M., I, 2ª ed., Milano, 2010, p. 385 ss.

96 En este sentido, FRANZONI, M.: *L'illecito*, cit., p. 373 ss.

97 Así, RESCIGNO, P.: “L'autonomia dei privati” (1967), ahora en Id.: *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, p. 422; PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 70; Id., *Il diritto*, cit., p. 334 ss.; ALPA, G.: “Libertà contrattuale e tutela costituzionale”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 44 ss.; MENGONI, L.: “Autonomia privata e Costituzione”, *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss. Un resumen actualizado de los problemas en PENNASILICO, M.: sub art. 1322 c.c., en PERLINGIERI G. (coord.): *Codice civile*, cit., p. 374 s.

98 Así, Cass., Sez. un., 30 marzo 2011, n. 7186, cit.; Cass., Sez. un., 15 febrero 2011, n. 3670, cit.; TJUE, 12 diciembre 2000, *Ángel Rodríguez Caballero*, c. 442/00, cit.

Además, al regular las prohibiciones de discriminación, el legislador no hace referencia al dolo, sino que incluso ignora la culpa, adoptando criterios objetivos para imputar el ilícito.

Para estar ante un supuesto legal de discriminación se requiere, así, alternativamente, “el propósito o el efecto” o el “objeto o la consecuencia discriminatoria” (art. 43, decreto legislativo n. 286 de 1998 con referencia al acoso; arts. 2, párrafo 3, decreto legislativo n. 215 de 2003 y 55 bis, párrafos 4 y 6, decreto legislativo n. 198 de 2006); el “trato menos favorable” (art. 2, párrafo 1, decreto legislativo n. 215 de 2003; 55 bis, párrafo 1, decreto legislativo n. 198 de 2006); la “desventaja particular” (art. 2, párrafo 1, decreto legislativo n. 215 de 2003; 55 bis, párrafo 2, decreto legislativo n. 198 de 2006) en el acceso a los bienes o servicios y su suministro, sin referencia alguna a la naturaleza voluntaria de la conducta⁹⁹. El aspecto común de las nociones normativas de discriminación es la irrelevancia de la voluntad del agente: lo que importa es el perfil funcional del acto, expresado por la creación de un efecto de desigualdad injustificada caracterizado por la presencia de un factor de riesgo.

VII. CARGA DE LA PRUEBA Y CONFIGURACIÓN DE UNA PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA.

La hipótesis de que el legislador utiliza criterios objetivos para la imputación del ilícito discriminatorio se apoya en la disciplina de la carga de la prueba, contenida en el art. 28, párrafo 4, decreto legislativo n. 150 de 2011, que establece: “Cuando el demandante aporta elementos de hecho, deducidos también de datos estadísticos, de los que se puede presumir la existencia de actos, pactos o conductas discriminatorias, recaerá en el demandado la carga de la prueba en cuanto a la inexistencia de la discriminación”.

⁹⁹ Incluso en el derecho español, la doctrina está de acuerdo en considerar la discriminación en el contrato una hipótesis de responsabilidad objetiva: así, INFANTE RUIZ, F.J.: “El desarrollo de la prohibición de no discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia”, *Rev. der. patrim.*, 2013, 30, p. 191; GARCÍA RUBIO, M.P.: “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Derecho privado y Constitución*, 2007, 21, p. 161; MESA MARRERO, C.: “Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive damages?”, en AA.VV.: *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho Privado*, Valencia, 2011, p. 1204. Véase, también, REYES LÓPEZ, M.J.: *El principio de igualdad de trato en las relaciones contractuales*, in *Rev. jur. Notariado*, 2010, p. 646.

Una interpretación conforme al Derecho comunitario de esta disposición da lugar a una presunción legal relativa, que, al distribuir la carga de la prueba¹⁰⁰, tutela a la parte débil de la relación, que tiene mayores dificultades probatorias¹⁰¹.

Pero, ¿cuál es la exacta distribución de la carga de la prueba? ¿Cuál es el “hecho básico” que debe ser probado por el actor? ¿Y cuál es el “hecho presunto” “que es relevante para la decisión”¹⁰²?

Según esta disposición, el “hecho básico” son los “actos, pactos o comportamientos discriminatorios”, el “hecho presunto” la “discriminación”. Es necesario dar sentido a las expresiones utilizadas por el legislador, a partir del fundamento de la presunción legal relativa, que expresa un *favor* del ordenamiento jurídico hacia la parte liberada de la carga de la prueba¹⁰³.

Desde esta perspectiva, el “hecho básico” que debe demostrar el demandante es el efecto de desigualdad, cualificado por un factor de riesgo: la negativa a contratar o la predisposición de condiciones más desfavorables. En cambio, el “hecho presunto”, cuya prueba se dispensa al demandante, es el carácter injustificado del efecto de desigualdad.

Por lo tanto, una vez que la parte interesada haya presentado la prueba del efecto de desigualdad, el legislador quiere que el juez considere probado el ilícito discriminatorio, a menos que el demandado no cumpla la carga de probar que no existe el hecho presunto, es decir, la falta de justificación¹⁰⁴. El sujeto activo de la conducta, por lo tanto, corre el riesgo de perder el juicio si no prueba la existencia

100 Según el Tribunal de Justicia, “en un primer momento incumbe a la persona que se considera perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Sólo cuando esa persona haya acreditado tales hechos corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación” (TJUE, 21 julio 2011, c. 104/10, *Kelly c. National University of Ireland*, Racc., 2011, I-06813, § 30; TJUE, 19 abril 2012, c. 415/10, *Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 39, § 36). Los demandados pueden “refutar la existencia de la violación acreditando específicamente, mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, que el trato (...) estaba justificado por factores objetivos y ajenos a toda discriminación” (TJUE, Gran Sala, 17 julio 2008, c. 303/06, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, Racc., 2008, p. I-5603, § 55; TJUE, 25 abril 2013, c. 81/12, *Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, cit., § 56; TJUE, 19 abril 2012, c. 415/10, *Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, cit., § 36), “a partir de un conjunto de indicios concordantes” (TJUE, 25 abril 2013, c. 81/12, *Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, cit., § 58).

101 Identifica este fundamento (entre otros) de las presunciones relativas, PATTI, S.: “Probatio e praesumptio: attualità di un’antica contrapposizione”, *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 486.

102 Así, PATTI, S.: “Probatio”, cit., p. 484.

103 Según la opinión actual, la introducción de una presunción legal tiene la función de proteger más efectivamente el interés de la parte eximida de la carga de la prueba: BETTI, E.: *Interpretazione*, cit., p. 195; SACCO, R.: “La presunzione di buona fede”, *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 250; PATTI, S.: “Probatio”, cit., p. 484 s.; FRANZONI, M.: *Il danno risarcibile*, en *Trattato della responsabilità civile*, dirigido por Franzoni, M., II, cit., p. 875 ss.

104 V. TJUE, Gran Sala, 17 julio 2008, c. 303/06, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, cit., § 55.

de una justificación del efecto discriminatorio y la relación de proporcionalidad entre la primera y el segundo.

Suponiendo que el legislador adopte criterios objetivos para la imputación del ilícito, hay que rechazar la objeción de que la carga probatoria del demandado se refiera a un hecho negativo, es decir, a la ausencia de intención discriminatoria. El demandado debe demostrar un elemento positivo, es decir, la existencia de una justificación del efecto de desigualdad, respecto de la cual, además, tiene acceso privilegiado.

VIII. DIVERSIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y ELECCIÓN DEL “REMEDIO CIVIL JUSTO”.

La regulación actual de las formas de tutela civil contra la discriminación contractual ofrece al juez una amplia gama de remedios, sin jerarquías. A la violación de la prohibición, el ordenamiento responde con formas de tutela funcionalmente diferentes, a veces, capaces de sumarse desde el punto de vista práctico.

Por lo tanto, hay que rechazar una lectura unilateral, según la cual la prohibición de discriminación incidiría solo sobre el juicio de validez o solo sobre el juicio de responsabilidad.

A veces, la discriminación se traduce en un vicio de ilicitud de la causa que determina la nulidad radical del negocio. Es la hipótesis de “negocios o pactos discriminatorios” que constituyen, entre las partes, la fuente de la obligación de no contratar o de aplicar condiciones más desfavorables a los miembros del grupo discriminado¹⁰⁵. El control de licitud de la causa -como instrumento tradicional de control de los actos de autonomía privada- se enriquece con la referencia a la prohibición de discriminación, según la cual es inválido un contrato que obliga a las partes a respetar una regla de la relación que es discriminatoria.

Cuando el ilícito tiene lugar en la fase precontractual, en forma de negativa a iniciar o a continuar la negociación, asume una posición central la acción inhibitoria, dirigida a obtener una orden “de cese del comportamiento, de la conducta o del acto discriminatorio perjudicial” (art. 28, decreto legislativo n. 150 de 2011)¹⁰⁶.

105 En la doctrina italiana, ya OPPO, G.: “Eguaglianza”, cit., p. 634 afirma que “la discriminación *inconstitucional* que entra en la causa o en el contenido directo del contrato sin duda puede provocar la nulidad por ilicitud”, como por ejemplo el acuerdo con el cual las partes están obligadas a no negociar con negros, judíos o italianos. Véase, también, RESCIGNO, P.: “Sul cosiddetto”, cit., c. 666 ss.; FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 483; MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 313 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 247 ss.

106 La inhibitoria también puede utilizarse para evitar la continuación o la repetición de la aplicación de condiciones más desventajosas en el contexto de contratos en serie (por ejemplo, condiciones generales de contrato, contratos uniformes, etc.). En este caso, la conducta ilícita es comisiva, por lo que la resolución judicial se resuelve en una inhibición negativa.

La resolución judicial se resolverá en una inhibición positiva, que obligue al demandado a contratar, siempre que permanezca la disponibilidad material del bien o del servicio y la conclusión del contrato sea posible. Cuando el sujeto activo se perpetúe en la conducta ilícita, sin cumplir la obligación de negociar correctamente, la circunstancia podrá evaluarse en la liquidación del daño resarcible¹⁰⁷.

La discriminación puede realizarse, no solo en forma de negativa a contratar, sino también mediante la inclusión de cláusulas que prevean un trato perjudicial. Considérese la previsión de un contrato de arrendamiento, que excluya que quien convive con el inquilino pueda ser extracomunitario o autorice el subarrendamiento, excepto en favor de homosexuales¹⁰⁸. En este caso, la discriminación penetra en el contenido de la reglamentación contractual, afectando negativamente solamente algunas cláusulas, lo que determina la nulidad parcial¹⁰⁹ y la eventual integración o corrección del contrato¹¹⁰.

Cuando la conducta discriminatoria produzca consecuencias perjudiciales en la esfera de la víctima, se podrá añadir el resarcimiento del daño. El art. 28, párrafos 5, 6 y 7, d.lg. n. 150 de 2011 contempla una disciplina particular del resarcimiento, que acentúa fuertemente su función de sanción, como lo demuestran las siguientes circunstancias: el establecimiento de criterios estrictos para liquidar el *quantum debeatur*¹¹¹; la indemnización por daño moral¹¹²; la publicación de la resolución judicial relativa a la condena o las sanciones o medidas impuestas.

En cuanto a los remedios, la cuestión más problemática es cómo se tutela el interés sustancial en acceder a la utilidad contractual.

107 Según el art. 28, párrafo 6, d.lg. n. 150 de 2011, “el juez toma en cuenta el hecho de que el acto o comportamiento discriminatorio constituya una represalia a una acción judicial previa o una reacción injusta a una actividad previa de la parte lesionada dirigida a obtener el cumplimiento del principio de igualdad de trato”.

108 Cfr. NAVARRETTA, E.: “Principio”, cit., p. 557.

109 La solución de la nulidad parcial, a la luz del principio de conservación del contrato, también está respaldada por FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 545 s.; LA ROCCA, D.: *Eguaglianza*, cit., p. 198; NAVARRETTA, E.: o.c., p. 557 s.

110 A la nulidad parcial sigue -según PASETTI, G.: *Parità*, cit., p. 313 ss.- la inserción automática de las cláusulas generalmente adoptadas por el contratista de conformidad con el art. 1339 c.c.; según CIARONI, L.: *Autonomia*, cit., p. 1822, la integración legal de la eficacia ex art. 1374 c.c.; según SACCO, R. en ID. y DE NOVA, G.: *Il contratto*, II, cit., p. 100; MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 286, la rectificación, como una forma de compensación en forma específica de conformidad con el art. 2058 c.c. Sin embargo, parece preferible considerar la posible corrección o integración del contrato como una manifestación del poder judicial de eliminación de los efectos de la discriminación en virtud del art. 28, párrafo 5, del Decreto Legislativo. n. 150 de 2011 (CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 272 ss.).

111 El *quantum* de la indemnización del perjuicio debe ser proporcional no solo al valor negativo sufrido por la víctima (función compensatoria-satisfactoria), sino también a la gravedad de la conducta perjudicial, acentuada por el hecho de que la discriminación constituye una “represalia” o una “reacción injusta” al comportamiento de la persona lesionada (art. 28, párrafo 6, cit.).

112 Cfr. VIRGADAMO, P.: *Danno non patrimoniale e “ingiustizia conformata”*, Torino, 2014, p. 195 ss.

En el caso de negativa a negociar, los remedios inhibitorio y resarcitorio pueden ser inadecuados para ofrecer una protección plena y completa de la parte discriminada. En caso de incumplimiento de la orden inhibitoria, se plantea la cuestión de la admisibilidad de una sentencia que establezca los efectos del contrato no concluido.

Comúnmente, se descarta la aplicabilidad del art. 2932 C.C., ya que de la prohibición de discriminación no surge la obligación de contratar¹¹³. Sin embargo, una parte de la doctrina vincula al art. 2058 c.c. la producción de los efectos del contrato no concluido, como una forma de resarcimiento en forma específica¹¹⁴.

Sin embargo, esta es una solución insatisfactoria.

El contrato impuesto, a diferencia del resarcimiento en forma específica, no pretende reconstituir la situación que habría existido de no haber mediado el ilícito, sino, más bien, producir un efecto constitutivo de una nueva relación jurídica. Además, el remedio se distingue de las formas ordinarias de reparación *in natura*, que presuponen la eliminación material de las consecuencias perjudiciales del acto ilícito¹¹⁵.

Desde un punto de vista procesal, el resarcimiento se basa en la denominada "tutela de condena", que presupone el incumplimiento por las partes de una relación jurídica ya constituida; en cambio, el contrato impuesto implica una "tutela constitutiva", porque la sentencia judicial afecta directamente a relaciones privadas, que, precisamente, nacen como consuecencia de ella. Desde esta perspectiva, el art. 28 d.lg. n. 150 de 2011 puede considerarse uno de los "casos previstos por la ley" en los que, según el art. 2908 del Código Civil, la autoridad judicial puede emitir fallos constitutivos. La disposición, así, atribuye al juez el poder de adoptar, acogiendo el recurso, "cualquier medida apropiada para eliminar los efectos" de la discriminación. La eliminación de los efectos se expresa constituyendo una relación jurídica, que realiza el "derecho al contrato" del sujeto discriminado¹¹⁶. También, aquí se manifiesta la distancia del contrato impuesto con el resarcimiento en forma específica, ya que sólo la tutela constitutiva y no la tutela de condena produce concretamente el efecto jurídico invocado por la parte, sin la implementación de un procedimiento de ejecución¹¹⁷.

113 Cfr. SCARSELLI, G.: "Appunti", cit., p. 824; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Gli atti discriminatori", cit., p. 36; TROISI, B.: "Profili", cit., p. 302; MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 277 s.

114 Así, SACCO, R. en Id. y DE NOVA, G.: *Il contratto*, II, cit., p. 313; SITZIA, L.: *Pari dignità*, cit., p. 301 ss.; MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 278 ss.

115 Cfr. FRANZONI, M.: *Il danno*, cit., pp. 273-275; MARELLA, M.R.: *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, p. 163 ss.

116 Cfr. MAZZAMUTO, S.: *L'esecuzione forzata*, en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por P. Rescigno, XX, 2ª ed., Torino, 1998, p. 410 ss.

117 Así, DI MAJO, A.: *La tutela*, cit., p. 364; CHIZZINI, A.: "Sentenza nel diritto processuale civile", en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 28.

Sin embargo, la sentencia constitutiva debe ser posible. A este respecto, hay que cumplir dos condiciones: la residual disponibilidad material del bien o servicio y la existencia de un contenido del contrato suficientemente determinado. Por lo tanto, el área de operatividad del remedio parece limitada a la hipótesis de negativa injustificada que tiene lugar en una negociación en serie o a la ruptura de negociaciones desarrolladas hasta llegar a un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato.

En conclusión, la multiplicidad de formas de realización del principio de igualdad en el área de las relaciones contractuales implica la diversificación de formas y técnicas de tutela. De esta manera, se enfatiza la responsabilidad del intérprete, llamado a identificar el remedio civil que asegure el “justo equilibrio” entre los derechos en conflicto: reprimir la creación injustificada de un efecto de desigualdad, con la restricción más limitada posible de la autonomía contractual.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del IX Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli, 2015.

AGUILERA RULL, A.: "Discriminación directa e indirecta", *In-Dret*, 2007, 1, p. 10.

ALPA, G.: "Libertà contrattuale e tutela costituzionale", *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 44.

ALPA, G.: *Trattato di diritto civile*, 4, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 234.

AYRES, I.: "Fair Driving: Gender and Race in Retail Car Negotiation", *Harvard Law Rev.*, 104, 1991, p. 817.

BARBERA, M.: "Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità", en ID. (coord.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, p. 19.

BARCELONA, M.: "Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti", *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 645.

BELL, M.: "The Right to Equality and Non-Discrimination", en HERVEY, T. y KENNER, J. (coord.): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A legal perspective*, Oxford-Portland, 2003, p. 98.

BERGER, V.A.: "Privatrechtlicher Diskriminierungsschutz als Grundsatz im Gemeinsamen Referenzrahmen für Europäisches Vertragsrecht", *Eur. Rev. Priv. L.*, 2008, p. 864.

BETTETINI, A.: "Divieto di discriminazioni e tutela del soggetto debole", en GIANNITI, P. (coord.): *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja, Branca e Galgano, coord. por De Nova, Bologna-Roma, 2013, p. 640.

BIANCA, C.M.: "Il problema dei limiti all'autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione", en AA.VV.: *Discriminazione razziale e autonomia privata*, Roma, 2006, p. 65.

BIANCA, C.M.: *Le autorità private*, Napoli, 1977.

BIFULCO, R., CARTABIA, M. y CELOTTO, A. (coord.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 173.

BRECCIA, U.: "Contrarietà all'ordine pubblico", in *Tratt. dir. priv.*, dirigido por Bessone, M., *Il contratto in generale*, XIII, 3, Torino, 1999, p. 200.

BRECCIA, U.: Sub Art. 1322 c.c., en NAVARRETTA, E. y ORESTANO, A. (coord.): *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349*, en *Comm. cod. civ.*, dirigido por E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 105.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013.

CARUSI, D.: *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1998, p. 13.

CENDON, P.: *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 156.

CHECCHINI, B.: "Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 186.

CHIZZINI, A.: "Sentenza nel diritto processuale civile", en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 28.

CIARONI, L.: *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur. it.*, 2006 p. 1822.

DE NOVA, G.: "Contratto: per una voce", *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 643.

DI MAJO, A.: *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003, p. 364.

DONADIO, G.: *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Torino, 2017.

DONOHUE III, J.: "Is Title VII Efficient?", *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 134, 1986, p. 1411.

FAVILLI, C.: "Il principio di non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi", en TEGA, D. (coord.), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, p. 59.

FAVILLI, C.: "Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea", en DE SIERVO, U. (coord.): *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 228.

FAVILLI, C.: *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2009, p. 149.

FEDERICO, A.: Sub art. 1336 c.c., en PERLINGIERI, G. (coord.): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 1, Napoli, 2010, p. 467.

FEMIA, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 456.

FERRAJOLI, L.: "Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea", en GALASSO, A. (coord.), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto delle diversità*, Milano, 2007, p. 15.

FERRARESE, M.R.: *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, p. 42.

FORCHIELLI, P.: "Offerta al pubblico", en *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, p. 764.

FRANZONI, M.: *L'illecito*, en *Trattato della responsabilità civile*, dirigido por Franzoni, M., I, 2ª ed., Milano, 2010, p. 385.

GALGANO, F.: *Il negozio giuridico*, en *Tratt. dir. civ. e comm.*, dirigido por Cicu, A., Messineo, F. y Mengoni, L. y continuado por Schlesinger, P., 2ª ed., Milano, 2002, p. 53.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Derecho privado y Constitución*, 2007, 21, p. 161.

GENTILI, A.: "Il principio di non discriminazione nei rapporti civili", *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207.

GIORGINI, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 163.

GIORGINI, E.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 326.

GIORGINI, E.: "Contratto, dignità della persona e ambiente civile. Riflessioni sul divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali", en AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del IX Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli, 2015, p. 423.

GIORGINI, E.: "Discriminazione (dir. priv.)", en *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, p. 490.

GIORGINI, E.: "Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario", *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 403.

GIORGINI, E.: "Further Thoughts on Employment Discrimination Legislation: A Reply to Judge Posner", *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 136, 1987, p. 523.

GIORGINI, E.: "Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1387.

GIORGINI, E.: "Libertà contrattuale e divieto di discriminazione", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 401.

GIORGINI, E.: "Parità di trattamento", en *Enc. giur.* Treccani, XXII, Roma, 1990, p. I.

GIORGINI, E.: "The prohibition of discrimination as a limit on contractual autonomy", *Ital. Law Journ.*, 2018, p. 91.

GIORGINI, E.: *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008.

GIORGINI, E.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 243.

GIORGINI, E.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 348.

GIORGINI, E.: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, I, (rist.), Padova, 1987, p. 335.

GIORGINI, E.: *Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, 2002, I, I, p. 50.

GIORGINI, E.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 135.

GIORGINI, E.: "Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 161.

INFANTE RUIZ, F.J.: "El desarrollo de la prohibición de no discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia", *Rev. der. patrim.*, 2013, 30, p. 191.

LA ROCCA, D.: "Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi", en BARBERA, M. (coord.): *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, p. 289.

LADEUR, K.H.: "The German Proposal of an "Anti-Discrimination"-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann", *German Law Journal*, 3, 2002, en www.germanlawjournal.com.

MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007.

MANTELLI, M.: *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008, p. 7.

MARELLA, M.R.: *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, p. 163 ss.

MAZZAMUTO, S.: *L'esecuzione forzata*, en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por P. Rescigno, XX, 2ª ed., Torino, 1998, p. 410.

MENGONI, L.: "Autonomia privata e Costituzione", *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1.

MESA MARRERO, C.: "Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive damages?", en AA.VV.: *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho Privado*, Valencia, 2011, p. 1204.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile", en ID. (coord.), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002, p. 19.

NAVARRETTA, E.: "Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547.

NEUNER, J.: "Protection against discrimination in European Contract Law", *Eur. Rev. Contract Law*, 2006, 35, p. 45.

OBERTO, G.: "Offerta al pubblico", en *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 10.

OPPO, G.: "Eguaglianza e contratto nella società per azioni", *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 633.

PASETTI, G.: *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, pp. 13.

PATTI, S.: "Alcune innovazioni del codice del 1942 nella materia dei contratti e la loro incidenza sulla autonomia privata", en AA.VV.: *I cinquant'anni del codice civile*, II, Milano, 1993, p. 767.

PATTI, S.: "Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 486.

PELLECCHIA, E.: *Scelte contrattuali e informazioni personali*, Torino, 2005, p. 118.

PENNASILICO, M.: sub art. 1322 c.c., en PERLINGIERI G. (coord.): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, I, cit., p. 374.

PERLINGIERI, P.: "Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 724.

PERLINGIERI, P.: "*Mercato, solidarietà e diritti umani*", *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84.

PERLINGIERI, P.: "Nuovi profili del contratto", *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545.

PERLINGIERI, P.: "Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti", *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787.

PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 70.

PICKER, E.: "L'antidiscriminazione come programma per il diritto privato", *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 701.

PINTO OLIVEIRA, N.M. y MAC CRORE, B.: "Anti-discrimination Rules in European Contract Law", en GRUNDMANN, S. (coord.): *Constitutional Values and European Contract Law*, L'Aja, 2008, p. 115.

POSNER, R.A.: "The Efficiency and the Efficacy of Title VII", *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 136, 1987, p. 513.

RESCIGNO, P.: "L'autonomia dei privati" (1967), ahora en ID.: *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, p. 422.

RESCIGNO, P.: "Sul cosiddetto principio d'uguaglianza nel diritto privato", *Foro it.*, 1960, I, c. 664.

REYES LÓPEZ, M.J.: *El principio de igualdad de trato en las relaciones contractuales*, in *Rev. jur. Notariado*, 2010, p. 646.

ROPPO, V.: *Il contratto*, en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por Iudica, G. y Zatti, P., 2ª ed., Milano, 2011, p. 79.

SACCO, R.: "La presunzione di buona fede", *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 250.

SBISÀ, G.: *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, p. 256.

SCARSELLI, G.: "Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 805.

SITZIA, L.: *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011.

SOMMA, A.: "Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo", en ALPA, G., IUDICA, G., PERFETTI, U. y P. ZATTI (coord.), *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009, p. 259.

SOMMA, A.: "Razzismo economico e società dei consumi", *Mat. storia cult. giur.*, 2009, p. 447.

STORK, F.: "Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law", *German Law Journal*, vol. 6, n. 2, 2005, p. 538.

TROISI, B.: "Profili civilistici del divieto di discriminazione", en AA.VV.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli, 2006, p. 295.

VIRGADAMO, P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, Torino, 2014, p. 195.

VISINTINI, G.: *I fatti illeciti*, II, Padova, 1990, p. 247.