

Fecha: 27-11-2025  
Fuente: El Mercurio Legal  
Título: ¿Debe el Derecho

Visitas: 2.372  
VPE: 7.946

**Favorabilidad:**  No Definida

**Link:** <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2025/11/28/915661/derecho-civil-no-discriminacion-arbitraria.aspx>

"... Para un jurista chileno la pregunta puede ser absolutamente pertinente, porque nuestro Código Civil no tutela la no discriminación arbitraria en términos generales ni en sede de contratos, como acontece, por ejemplo, en la Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC), cuyo artículo 3 literal c) establece el derecho del consumidor a no ser discriminado arbitrariamente por el proveedor de bienes y servicios.. ." Una revisión de la doctrina nacional revela que en el último tiempo su atención se ha focalizado en la vulnerabilidad de los contratantes y en la dignidad de estos.

En efecto, en lo que concierne al primer tópico, se han abordado las diferentes vulnerabilidades que pueden experimentar algunos colectivos y se ha profundizado en la ventaja injusta, esto es, en el desequilibrio procedural y sustantivo que experimenta uno de los contratantes por coexistir, de un lado, una asimetría prestacional significativa, y, de otro, un aprovechamiento a sabiendas de la vulnerabilidad del otro contratante, articulándose distintas perspectivas de tutela respecto del contratante débil o vulnerable, a falta de norma que contemple este supuesto.

Así se ha sostenido que podría intentarse la nulidad absoluta del contrato celebrado con el contratante débil porque adolecería de objeto ilícito por infracción a las buenas costumbres o por la vulneración de estas y el orden público, invocándose los artículos 1466 y 1682 del Código Civil; adaptarlo y erradicar el desequilibrio significativo que envuelve el contrato en perjuicio de una de las partes, recurriendo al equilibrio contractual y a la equidad y a la confianza razonable, o bien activar los vicios del consentimiento, si concurre el supuesto de hecho de ellos.

Por otra parte, nuestra doctrina también ha prestado atención a la dignidad de los contratantes en materia contractual, sugiriendo, de un lado, que su afectación podría determinar la nulidad del contrato celebrado por infracción a las buenas costumbres o concebirse como un contrato prohibido por ley —atendido que es la Constitución la que exige la tutela de la dignidad y es la máxima ley de la República— y, de otro, que puede determinar la procedencia de la ejecución exclusivamente personal de la prestación, en cuanto límite del cumplimiento específico.

Finalmente, existe una nueva arista que ha surgido en el derecho contratos particularmente en el europeo, y que dice relación con una manifestación específica de dicha dignidad, cual es, la no discriminación arbitraria del otro contratante y que constituiría una tercera etapa del movimiento de modernización del derecho de obligaciones y contratos, pues la tutela del contratante no se activa por el incumplimiento o la inobservancia de deberes precontractuales o postcontractuales sino por la posición vulnerable en la que se encuentra, por un atentado contra su dignidad y, específicamente, en lo que aquí interesa, porque ha sido discriminado arbitrariamente por el otro.

Y la pregunta que surge, entonces, y que nos formulamos recientemente en el I Seminario de Derecho Civil y Actualidad Jurídica realizado en la Universidad de Viña del Mar el 6 de noviembre pasado, es si debe el derecho civil tutelar la no discriminación arbitraria.

Es indudable que una primera aproximación a la no discriminación arbitraria nos remite obligadamente al derecho público, específicamente a los artículos 19 Nº 2 y Nº 3 de la Constitución Política de la República, y a la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Pero también es posible aproximarse desde el derecho civil y advertirla como una prohibición. Piénsese en el artículo 8 de la Ley 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, que la establece respecto del NNA.

Otro tanto se advierte recientemente en la nueva ley de adopción 21.760, de 16 de agosto recién pasado, pues el artículo 15. sobre declaración de adaptabilidad, señala discriminación arbitraria, y los artículos 18 y 34. relativos al cuidado personal y generales para la adopción, indican que no se podrá discriminar arbitrariamente a Un fenómeno similar se aprecia en el Reglamento de Copropiedad Inmobiliaria, que ocupantes permanentes del condominio, establece que las normas de convivencia privadas comunes y que “en ningún caso estas normas podrán implicar discriminación arbitraria si la discriminación arbitraria causa daño puede reconducirse a un ilícito civil y activar la

Debe el Derecho Civil tutelar la no discriminación arbitaria?

Jueves, 27 de noviembre de 2020, Fase 0, El Mercurio 1-2020



del Código Civil) y en alguna modalidad de reparación in natura, adquiriendo especial relevancia la remoción de los efectos del acto, pues en ella puede subsumirse la imposición de la obligación de contratar con el discriminado, ya que busca repararlo a través de la celebración del contrato del que fue excluido.

La discusión de la vinculación entre la discriminación arbitraria y el derecho civil se suscita a propósito del derecho común de contratos, dado que podría pensarse que este no debería proscribirlo porque nuestro Código Civil no lo exige y porque parece ser una categoría extraña al derecho civil.

Pero lo cierto es que ella constituye un límite a la libertad de contratación de origen legal, atendido lo dispuesto en los artículos 19 Nº 2 y Nº 3 de la CPR y la Ley 20.609, de modo que el derecho común de contratos debería proscribirlo previendo medidas destinadas a evitar que tal discriminación durante la negociación o la ejecución de un contrato y a reparar al discriminado. Para un jurista europeo no es extraño que el derecho civil tutele al contratante no discriminado arbitrariamente.

Particularmente para uno español, pues el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización de Obligaciones y Contratos española del 2023 expresamente incorpora el principio de no discriminación arbitraria en materia contractual en los siguientes términos: "Cada persona es libre de contratar y de elegir a la otra u otras partes contratantes con los límites impuestos por el principio de no discriminación".

Podrán establecer del modo que tengan por conveniente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a las normas imperativas o a los principios básicos del ordenamiento jurídico". Pero para un jurista chileno la pregunta puede ser absolutamente pertinente, porque nuestro Código Civil no tutela la no discriminación arbitraria en términos generales ni en sede de contratos, como acontece, por ejemplo, en la Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC), cuyo artículo 3 literal c) establece el derecho del consumidor a no ser discriminado arbitrariamente por el proveedor de bienes y servicios.

Y es que, más allá de las exigencias puntuales de no discriminación arbitraria referidas a propósito del NNA y de la adopción, podría pensarse que este principio no tendría cabida en la contratación civil, pero lo cierto es que existen al menos dos normas, de distinto alcance, que interpretadas en conjunto con los artículos 19 Nº 2 y 19 Nº 3 de la CPR y de la Ley 20.609 nos pueden llevar a esa conclusión.

La primera se advierte a propósito del Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Personas Mayores (ELEAM) contenido en el Decreto 20 del Ministerio de Salud, vigente desde el 1 de octubre recién pasado, pues el literal c) de su artículo 28 —que disciplina el formulario del contrato tipo que se celebrará entre el establecimiento y el residente o la persona que lo represente— prescribe que "se prohíbe que el contrato o que el reglamento interno contenga disposiciones que atenten contra los derechos fundamentales de la o el residente", entre los que claramente se encuentra el derecho a no ser discriminado arbitrariamente.

La segunda es el artículo 8 bis de la Ley nacional del Cáncer, incorporado por la Ley 21.656, del 13 de febrero de 2024, que consagra el derecho de olvido oncológico y establece que transcurridos cinco años desde la conclusión del tratamiento de una enfermedad oncológica, sin que haya recaída posterior, (i) serán nulas las cláusulas, estipulaciones y condiciones más onerosas que discriminan a personas que hayan sufrido una patología oncológica antes de la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico del que se trate, (ii) queda prohibida la solicitud de información respecto de haber padecido una patología oncológica, la obligación de declarar haberla padecido, así como considerar antecedentes oncológicos para la contratación de seguros, y (iii) puede impetrarse la nulidad de las cláusulas que contemplen la renuncia a dichas prohibiciones.

Esta norma establece la no discriminación arbitraria por una patología específica, operativizando la causal de no discriminación por razones de salud contemplada en el artículo 2 de la Ley 20.609, con pretensiones de generalidad, porque procede respecto de cualquier acto o contrato celebrado con el superviviente de cáncer y no necesariamente respecto de un contrato de consumo. Pues bien, las normas de derecho civil relativas a la no discriminación arbitraria hasta ahora referidas parecen dar una respuesta afirmativa a la pregunta sobre la que se articula esta columna.

Pero si esto es así, ¿cuál es la importancia de que el derecho civil tutele la no discriminación arbitraria, más allá de la procedencia de la indemnización de daños extracontractual, si se verifican los requisitos de procedencia de esta última? Y la respuesta es que se activará la tutela administrativa que cada ley prevea (como en la Ley 21.430) la nulidad de la cláusula contractual discriminatoria pertinente (como en el caso del Reglamento del ELEAM) o del acto sobre el que recae la prohibición (declaración de adoptabilidad, solicitud del cuidado personal preadoptivo y registro de personas que poseen condiciones generales para la adopción). Mucho más amplias son las consecuencias derivadas de la vulneración del derecho al olvido oncológico, pues como lo precisa el inciso final del artículo 8 bis de la Ley 21.258, el superviviente de cáncer puede activar la nulidad de una cláusula discriminatoria, la indemnización de daños, la cesación del acto o la reparación que corresponda.

Lo cierto es que más allá de la vulneración del derecho al olvido oncológico, es posible construir un sistema de tutela del contratante discriminado arbitrariamente articulado en torno a la vulneración del principio de no discriminación arbitraria respecto del cual se pueden agrupar la nulidad de la cláusula y/o contrato, la indemnización de daños y la imposición de la obligación de celebrar un contrato, entre otros medios de tutela.

Ese tópico, sin embargo, excede el ámbito de esta columna y, por lo mismo, esperamos abordarlo en otra ocasión. \* Patricia López Díaz es profesora titular de Derecho Civil de la [Universidad Diego Portales](#), coordinadora de Investigación de la Facultad de Derecho del mismo plantel e investigadora de la Fundación Fernando Fueyo Laneri. \*\* Esta columna se enmarca dentro de la ejecución del Proyecto Fondecyt Regular 1250569, del que la autora es investigadora responsable.