

# EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA COMO LÍMITE A LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO COMÚN DE CONTRATOS: FORMULACIÓN DESDE EL DERECHO CHILENO

## THE PRINCIPLE OF NON-ARBITRARY DISCRIMINATION AS A LIMIT TO CONTRACTUAL FREEDOM IN COMMON CONTRACT LAW: FORMULATION FROM CHILEAN LAW

López-Díaz, Patricia Verónica\*

9

### RESUMEN

Este artículo tiene por propósito examinar el principio de no discriminación arbitraria en el derecho común de contratos chileno, a partir de la regulación que este ha alcanzado en el derecho europeo, examinando su justificación y sus posibles alternativas de incardinación en nuestro ordenamiento jurídico. A tal efecto se propone concebirlo como una consecuencia de la constitucionalización del derecho privado, admitir que se trata de una manifestación de la dignidad humana aplicable a todo individuo y, finalmente, perfilarlo co-

---

\* Profesora titular de Derecho Civil, Universidad Diego Portales. Doctora en Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Investigadora Fundación Fernando Fueyo. Dirección postal: República 112, Santiago, Región Metropolitana. Correo electrónico: patricia.lopez@udp.cl ORCID 0000-0001-6716-0584.

Este trabajo se enmarca dentro de la ejecución del proyecto ANID/FONDECYT/REGULAR 1250569 “La incardinación del principio de no discriminación arbitraria en el derecho común de contratos: justificación, utilidad e incidencia en la tutela del contratante perjudicado en el derecho chileno”, del cual la autora es la investigadora responsable.

Recepción: 2025-01-13; aceptación: 2025-07-14.

mo un límite a la libertad de contratación, decantándonos por esta última alternativa a partir de determinadas normas contenidas en el derecho chileno que permiten entenderlo como tal.

**PALABRAS CLAVE:** dignidad contractual; no discriminación arbitraria; libertad contractual; elección del otro contratante; derecho común de contratos

#### ABSTRACT

This article aims to examine the principle of non-arbitrary discrimination in Chilean common contract law, based on the regulation that this principle has achieved in European law, examining its justification and its possible alternatives for incorporation into our legal system. To this end, it is proposed to conceive it as a consequence of the constitutionalization of private law; it admits that it is a manifestation of human dignity applicable to every individual and, finally, to outline it as a limit to the freedom of contract, opting for this last alternative based on certain rules contained in Chilean contract law that allow it to be understood as such.

10 **KEYWORDS:** arbitrary non-discrimination; contractual freedom; common contract law

#### INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas la dogmática nacional ha destinado sus esfuerzos a articular la tutela que debe otorgársele al acreedor<sup>1</sup> y a la parte débil del contrato<sup>2</sup>, identificando un supuesto articulador y aglutinando, en torno a este, distintos medios de tutela, modernizando el derecho de obligaciones y contratos chileno. Así, se ha admitido que el derecho de contratos tutela indubitadamente el incumplimiento<sup>3</sup> y la inobservancia de deberes precontractuales<sup>4</sup> y que no solo debería proteger la vulnerabilidad de uno de los contratantes en contratos de consumo, sino, también, en contratos civiles<sup>5</sup>, así como su dignidad<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Una visión panorámica en DE LA MAZA y VIDAL (2018) y CÁRDENAS y REVECO (2018).

<sup>2</sup> LÓPEZ (2023a), pp. 124-144.

<sup>3</sup> Por todos DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 247-770.

<sup>4</sup> DE LA MAZA (2010), pp. 75-99.

<sup>5</sup> MUNITA (2021), pp. 174-190 y LÓPEZ (2023a), pp. 124-144.

<sup>6</sup> GAMONAL y PINO (2022), pp. 53-55 y LÓPEZ (2024c), pp. 170-177.

Sin embargo, hasta ahora, no se han indagado en forma detenida los atentados a la dignidad de uno de los contratantes en sede civil<sup>7</sup> ni, en lo que aquí interesa, una de sus manifestaciones específicas, cual es la discriminación arbitraria de uno de los contratantes<sup>8</sup>, a pesar de que la doctrina constitucional se ha referido a la justificación de extender la prohibición de discriminación arbitraria a privados<sup>9</sup> y ha abordado el deber de no discriminar a quien se tiene en frente y los deberes de integrar a quienes han sido marginados<sup>10</sup>.

Esta realidad contrasta con lo que ha acontecido en la dogmática y en la legislación extranjera, particularmente en la española y en la italiana<sup>11</sup>, pues que en algunos ordenamientos foráneos y en determinados instrumentos contractuales de derecho uniforme (cual es el caso del DCFR y de la PME de 2023)<sup>12</sup> no solo la vulnerabilidad es una categoría especialmente tutelable en el derecho de contratos<sup>13</sup>, también la dignidad de los contratantes y, en particular, el derecho a no ser discriminado en forma arbitraria por el otro contratante.

El escenario antes descrito genera, al menos, las siguientes interrogantes que, hasta la fecha, no tienen respuesta en la legislación vigente, en la doctrina nacional ni en las sentencias pronunciadas por los tribunales chilenos y que, por lo mismo, es necesario comenzar a explorar para solucionar los diversos problemas jurídicos que se derivan de la ausencia de un estatuto protector del contratante discriminado en el derecho chileno. Tales son las siguientes:

11

<sup>7</sup> Este examen acucioso solo se ha efectuado en sede de consumo abordando la dignidad del consumidor: GONZÁLEZ (2022), pp. 65-74; GONZÁLEZ (2023), pp. 619-631; GOLDENBERG (2022), pp. 97-134 y sistematizando las prácticas que atentan contra esa dignidad, LÓPEZ (2024a), pp. 15-51. En el derecho civil, en tanto, el examen ha sido más general: GAMONAL y PINO (2022), pp. 53-55 y LÓPEZ (2024c), pp. 170-177.

<sup>8</sup> La necesidad de abordar tal discriminación ha sido sugerida –LÓPEZ (2024b)– y se ha hecho principalmente desde el derecho español –PRADO (2024a)– y análisis que replica en forma idéntica en PRADO (2024b), pp. 183-198, aunque con un título diferente. Este interés contrasta con aquel que se advierte en la doctrina consumeril chilena en que se ha examinado la discriminación arbitraria del consumidor por el proveedor, véase FERNÁNDEZ (2023), pp. 189-223; CANETE (2023), pp. 223-243; BARRIENTOS (2024), pp. 404-413; VERA (2024), pp. 990-995 y LÓPEZ (2024a), pp. 32-34.

<sup>9</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 149-186.

<sup>10</sup> CHAUÁN y FLORES (2021), pp. 217-253.

<sup>11</sup> GARCÍA RUBIO (2007), pp. 131-166; NAVAS (2008), pp. 1476-1490; GARCÍA (2011), pp. 1073-1119; GARCÍA (2012), pp. 733-761; REY (2012), pp. 25-60; INFANTE (2013), pp. 169-197; NAVARRETTA (2014), pp. 129-154; MAFFEIS (2007); MAFFEIS (2008), pp. 401-435; GENTILI (2009), pp. 207-223; CARAPEZZA (2013) y CIACIMINO (2018), pp. 667-715 y en forma más profusa BARBA (2023).

<sup>12</sup> En particular, los arts. 2:201 a 2:205 del DCFR, analizados en GIMÉNEZ (2012), pp. 621-641 y GIMÉNEZ (2017), pp. 137-182 y el art. 1219 de la PME.

<sup>13</sup> A partir del repudio de la ventaja injusta. Examinando esta figura en el derecho comparado GINÉS (2016); GÓMEZ (2018); BARCELÓ (2019) y YÁÑEZ (2019). En la doctrina nacional, DE LA MAZA y LÓPEZ (2023), pp. 29-59.

- i) ¿es posible sustentar la procedencia del principio de no discriminación arbitraria en el derecho contractual?;
- ii) ¿este principio constituye un límite a la libertad contractual que modula su contenido y que entra en conflicto con la autonomía de la voluntad de los contratantes?;
- iii) ¿existen hipótesis en que la observancia del principio de no discriminación arbitraria deba tutelarse en el *iter* contractual?;
- iv) ¿en qué radica la utilidad de asentar la tutela de la discriminación arbitraria del contratante en el derecho civil y no en el derecho constitucional?;
- v) ¿es más adecuada la tutela contractual o la tutela extracontractual para proteger al contratante discriminado arbitrariamente?;
- vi) ¿es posible formular la procedencia del principio de no discriminación arbitraria en el derecho chileno de contratos? y
- vii) en caso que la respuesta a esta última pregunta fuera afirmativa, ¿cuál sería su utilidad para el contratante discriminado arbitrariamente?

Abordar todas estas interrogantes e intentar arribar a una respuesta fundada y definitiva reviste una doble importancia, pues, por un lado, permitirá construir un estatuto jurídico del contratante discriminado en el derecho chileno, complementando así la regulación aplicable a una categoría más general, cual es la del contratante perjudicado<sup>14</sup>, y, por otro, proporcionará insumos dogmáticos a los jueces para corregir las inequidades que la discriminación conlleva, a falta de normativa expresa que prevea su tutela<sup>15</sup>.

Y es que, hasta ahora, la discriminación arbitraria en el derecho común de contratos<sup>16</sup> no ha sido objeto de litigio en nuestros tribunales, lo que probablemente se deba a que se estima que su proscripción es propia del derecho constitucional o del derecho de consumo. Pero ¿qué ocurriría si el contratante discriminado arbitrariamente solicitara al juez la nulidad o la resolu-

<sup>14</sup> Que comprende al contratante diligente al que se le ha incumplido el contrato –explorado en DE LA MAZA y VIDAL (2018) y CÁRDENAS y REVECO (2018)–, al contratante débil –abordado en LÓPEZ (2022a), pp. 340-415, LÓPEZ (2023a), pp. 124-144 y DE LA MAZA y LÓPEZ (2023), pp. 29-59– y al contratante discriminado, hasta ahora inexplorado como categoría autónoma.

<sup>15</sup> Y es que, en determinadas ocasiones, las sentencias de los tribunales nacionales han recogido razonamientos doctrinarios con la finalidad de alcanzar una tutela más justa y equilibrada de los contratantes. Así ha acontecido en sede civil con la recepción de la autonomía de la indemnización por incumplimiento –LÓPEZ (2015) y LÓPEZ (2020), pp. 275-301– y en el derecho de consumo con el abuso del consumidor –ALVEAR (2017), pp. 177 y 228-230, DE LA MAZA (2018); LÓPEZ (2018), pp. 107-121 y ALVEAR (2019)– y la confianza razonable –LÓPEZ (2019a), pp. 127-168 y DE LA MAZA y LÓPEZ (2021), pp. 9-38–.

<sup>16</sup> Entendiendo por tal al conjunto de normas y principios generales que regulan los contratos en un ordenamiento jurídico y que adscriben al derecho civil contenido en el *Código Civil* y en leyes especiales.

ción del contrato celebrado? Piénsese, por ejemplo, en una cláusula contractual discriminatoria que impone un trato desmejorado a un contratante respecto de otro cuya nulidad absoluta se demanda por el discriminado. Tal sería el caso si en dicha cláusula se exige un mayor precio o una renta más elevada o se contempla una duración inferior del contrato de arrendamiento en relación con otros arrendatarios en razón de: su etnia, discapacidad, edad, orientación sexual, religión, opinión política, sexo o género. Un supuesto similar se advertiría si un contratante decide no ejecutar su prestación aduciendo la concurrencia de alguno de estos factores en el otro contratante y el discriminado solicitara la resolución del contrato celebrado.

Una primera aproximación a este requerimiento del discriminado podría hacer pensar que abordar el principio de no discriminación arbitraria en sede contractual e intentar articularlo resulta inoficioso, en atención, al menos, a dos consideraciones. La primera es que el derecho de igualdad ante la ley constituye una garantía constitucional consagrada en el art. 19 n.º 2 y n.º 3, que exige no discriminar arbitrariamente a otro y cuya vulneración activa el recurso de protección. La segunda es que el art. 3 de la Ley n.º 20609, que establece medidas contra la discriminación contempla una acción destinada a hacer cesar tales actos y una multa que va desde 5 a 50 UTM a beneficio fiscal.

Con todo, ni la acción de protección ni la acción de no discriminación arbitraria<sup>17</sup> reparan los daños que el acto discriminatorio puede acarrear a uno de los contratantes, constatación que justifica la tutela de la discriminación arbitraria desde el derecho civil. Por otro lado, el estatuto contractual, a diferencia del extracontractual, adiciona no solo la indemnización de daños, sino, también, la nulidad de la cláusula discriminatoria o del contrato, la imposición de la obligación de contratar, la adaptación del contrato, la resolución por incumplimiento y la suspensión del propio cumplimiento, según el caso, medios de tutela que el régimen extracontractual no prevé y que optimizan la tutela del contratante discriminado. Y es que al contratante perjudicado le es mucho más útil recurrir a algunos de dichos medios de tu-

13

---

<sup>17</sup> En efecto, el art. 1 de la Ley n.º 20609 indica que su propósito es “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria” y el art. 12 establece que de constatarse que ha ocurrido un acto discriminatorio, la sentencia “dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea retirado u ordenará que se realice el acto omitido”, agregando que se faculta al tribunal para que adopte “las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. Lo cierto es que, según se consigna en la historia fidedigna de dicha ley, el proyecto original contemplaba la indemnización de perjuicios, criticándose su eliminación por el senador Felipe Harboe en la sesión del 4 de mayo de 2012. Sobre este punto véase PINO y GAMONAL (2023), pp. 111-112.

tela que instar por alguno extracontractual, toda vez que la cesación o suspensión del acto, las medidas correctivas o de remoción de los efectos del ilícito, la retractación, excusas o disculpas públicas y la publicación de la sentencia no logran satisfacer su interés de celebrar el contrato del que ha sido excluido<sup>18</sup>.

Pues bien, la hipótesis que se sostiene en este trabajo es que es posible incardinar el principio de no discriminación arbitraria en el derecho común de contratos chileno y optimizar la tutela del contratante discriminado arbitrariamente. De allí que el propósito de esta investigación sea abordar este principio y justificar su utilidad para dicho contratante, así como proponer su incardinación en el derecho común de contratos chileno, refiriendo en forma breve los medios de tutela que el derecho de contratos puede dispensarle, pero reservando su examen detallado para una próxima investigación.

No se trata de efectuar un trasplante de regulaciones foráneas, sino, por el contrario, considerar de lo estipulado en ellas para evidenciar, desde el derecho común de contratos chileno, que es necesario acometer este desafío dogmático mientras no exista una ley en el ordenamiento jurídico chileno que tutele en forma expresa al contratante discriminado arbitrariamente.

Para alcanzar el referido propósito este artículo se dividirá en dos secciones.

- I. En la primera se abordará el principio de no discriminación arbitraria en el derecho de contratos europeo<sup>19</sup>, con el propósito de determinar su génesis, fisonomía y alcance.
- II. En la segunda se examinará la justificación y la utilidad de incardinar el principio de no discriminación arbitraria en el derecho de común de contratos, así como su alcance.
- III. En la tercera se explorará el estado de la cuestión en la doctrina y legislación nacional y se propondrá su incardinación a partir de una interpretación armónica de determinadas regulaciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Examinados tales tópicos, se formularán las conclusiones.

---

<sup>18</sup> A propósito de estos medios de tutela extracontractual véase LÓPEZ (2023b), pp. 511-516.

<sup>19</sup> Entendiendo por derecho de contratos europeo aquellas regulaciones pertenecientes a los diferentes ordenamientos jurídicos de Europa sea que adopten la forma de directivas o leyes y los instrumentos contractuales de *soft law* generados en el derecho europeo.

## I. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA Y SU INCORPORACIÓN EN EL DERECHO COMÚN DE CONTRATOS EUROPEO

Una revisión de los tratados y convenciones internacionales y de diversas directivas europeas revela que el principio de no discriminación arbitraria surge tratándose de los derechos humanos. Así lo evidencian la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra de la Mujer de 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, el Tratado de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2009, consagrándose dicho principio como una garantía constitucional indiscutida y concitando la atención de la doctrina europea especializada<sup>20</sup>.

Lo cierto es que este principio que parecía propio del derecho constitucional comenzó a instalarse en la contratación privada europea a partir del 19 de julio del año 2000, como lo revela el art. 3 de la Directiva 2000/43/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen étnico o racial y la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 que aplica dicho principio a hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Fue precisamente en virtud de la trasposición de dichas directivas a leyes particulares que se introdujo el principio de no discriminación arbitraria en la contratación privada en ordenamientos jurídicos como el italiano y español<sup>21</sup>.

Esta premisa también ha permeado en instrumentos contractuales de *soft law*. Es el caso del DCFR de 2008<sup>22</sup>, cuyo capítulo 2 del libro II recoge el principio general de no discriminación por razón de sexo u origen étnico o racial en la contratación privada y en otros actos jurídicos (II.- 2:101), así como en las obligaciones en general (III.-1:105).

<sup>20</sup> Principalmente GENTILI (2009), pp. 207-231; NEUNER (2006), pp. 35-50; BILBAO (2006), pp. 147-189; FERRAJOLI (2007), pp. 15-29; FAVILLI (2008); GARCÍA (2012), pp. 733-761; SCHIEK (2012), pp. 61-82; AGUILERA (2013); CARAPEZZA (2013), pp. 282-315 y CHECCHINI (2019).

<sup>21</sup> Así en Italia se dictaron el Decreto Legislativo 215/2003 de 9 de julio y el 196/2007 de 6 de noviembre. En España, en tanto, se dictaron la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, la Ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley 15/2022 de 12 de julio integral para la igualdad de trato y no discriminación.

<sup>22</sup> Una síntesis de su génesis en INFANTE (2008), pp. 1-44.

En lo que refiere a la contratación privada, que es la que aquí interesa, dicho capítulo destina cinco artículos a la regulación de este principio. El primero, cual es, el II.- 2:101 indica:

“una persona tiene derecho a no ser discriminada por razón de sexo u origen étnico o racial en relación con un contrato u otro acto jurídico cuyo objeto sea facilitar el acceso o el suministro a bienes, otros activos o servicios que estén disponibles al público”.

El segundo, II.-2:102, refiere los tipos de discriminación y, además, la define, precisando que se entenderá por tal toda conducta o situación en la que en razón de sexo u origen étnico o racial

- i) una persona es tratada de manera menos favorable que lo que otra persona es, haya sido o hubiera sido tratada en una situación comparable (discriminación directa),
- ii) una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúen a un grupo de personas en particular desventaja con respecto a otro grupo diferente de personas (discriminación indirecta) y
- iii) exista una orden de discriminar<sup>23</sup>.

El tercero, II.-2:103, consagra una excepción a la discriminación, según la cual

“no se considera discriminación aquella desigualdad de trato justificada por un propósito legítimo si los medios para conseguir tal objetivo son adecuados y necesarios”.

En el cuarto, II:2:104, regula los medios de tutela frente a la actuación discriminatoria con el fin de garantizar la indemnidad de la víctima, estableciendo como tales<sup>24</sup> la indemnización de daños, la extinción de la relación contractual y el derecho a solicitar la celebración del contrato, destacando el carácter disuasorio de dichos medios de tutela y dejando a salvo el derecho de opción del discriminado y la acumulación de ellos a la indemnización de daños. Finalmente, el artículo II.-2:105 establece una inversión de la carga de la prueba con el propósito de facilitar la prueba de la discriminación y proteger a la víctima en forma más efectiva y real.

<sup>23</sup> El numeral 2 de este artículo agrega: “la discriminación también incluye el acoso por motivos tales como los mencionados en el artículo anterior. Acoso significa una conducta no deseada (incluyendo la conducta de naturaleza sexual) que atenta la dignidad de una persona, sobre todo cuando dicha conducta crea o pretende un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

<sup>24</sup> A través de un reenvío de aquellos previstos en el capítulo 3 del libro III relativo al incumplimiento del deber de información.

Otro tanto ha acontecido en la PME de 2023, pues su art. 1219 relativo a la libertad contractual, dispone que 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 y precisa que las partes podrán establecer el contenido del contrato del modo que estimen conveniente, siempre que no sea contrario a las normas imperativas o a los principios básicos del ordenamiento jurídico.

Ha sido, por consiguiente, la doctrina europea, la que ha abordado más intensamente el principio de no discriminación arbitraria en el contrato, pues ha debido analizar el marco normativo referido con antelación, destacando en forma especial la española e italiana<sup>25</sup> y, en Latinoamérica, la colombiana<sup>26</sup>, pudiendo advertirse dos etapas bien definidas. La primera vincula la autonomía privada y los derechos fundamentales, introduciendo la idea de eficacia vertical de los derechos fundamentales y postulando la constitucionalización del derecho civil. La segunda relaciona específicamente el contrato y la no discriminación arbitraria de uno de los contratantes.

En la primera etapa, esto es, aquella que vincula la autonomía privada y los derechos fundamentales, se indaga en qué medida y de qué forma los particulares están vinculados por tales derechos cuando se relacionan con otros sujetos titulares de derechos fundamentales y si existe un equilibrio entre el respeto a la autonomía individual (libre desarrollo de la personalidad) y el respeto a la dignidad humana. Y las respuestas se han orientado en dos direcciones:

- i) la eficacia indirecta o vertical de los derechos fundamentales (que supone la intervención de los poderes públicos que estarían vinculados con estos derechos y la dictación de una ley que operativice su aplicación a los particulares) y
- ii) la eficacia directa u horizontal de tales derechos (que exige aplicar directamente la *Constitución (Drittwirkung der Grundrechte)*<sup>27</sup>, discutiéndose si esta eficacia alcanza a los particulares y si en aquellos casos en que el legislador no ha regulado un derecho fundamental y no está reconocido en una norma de derecho privado puede invocarse la norma constitucional<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> PINTO & MACCRORE (2008), pp. 111-122; TOMASSI (2011), p. 119 y ss. y SCHULZE (2011); GIMÉNEZ (2012), pp. 621-641); KHAITAN (2015), pp. 67-86 y GIMÉNEZ (2017), pp. 137-182, reiterando este análisis y examinando la compatibilidad de este régimen con el derecho español. La doctrina británica, en cambio, se ha abocado al derecho de la discriminación –por todos KHAITAN (2015), estableciendo los requisitos de una norma discriminatoria (pp. 25-42)– y abordando sus fundamentos filosóficos, HELLMAN & MOUREAU (2013).

<sup>26</sup> Por todos NEME (2021), pp. 93-116.

<sup>27</sup> Denominación acuñada por NIPPERDEY (1961). Tópico en el que no se profundizará, porque excede el objetivo de esta investigación.

<sup>28</sup> Un detenido análisis de esta discusión, incorporando todas las perspectivas de solución en ALFARO (1993), pp. 57-122.

Pues bien, las reflexiones predominantes de la doctrina extranjera en esta primera etapa se asientan sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la existencia de un derecho contractual antidiscriminatorio y el principio de no discriminación como límite a la libertad contractual<sup>29</sup>. Así, se ha sostenido que admitir la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no implicaría cercenar el valor de los derechos fundamentales distintos a la libertad sino que, siguiendo a Robert Alexy<sup>30</sup>, deviene en una cuestión de ponderación y de límites: solo si se establecen estas limitaciones a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se garantiza la pluralidad de opciones individuales y la autonomía de los individuos para trazar sus propios fines y decidir los medios más adecuados para alcanzarlos<sup>31</sup>. Por otro lado, se ha efectuado una precisión fundamental, cual es que todas las discriminaciones en la selección del otro contratante son lícitas en razón de la libertad contractual de quien elige, salvo que sea vejatoria o ella sea insoportable por implicar renunciaciones inadmisibles a los derechos del sujeto afectado o a su dignidad como persona<sup>32</sup>.

En la segunda etapa, en cambio, esto es, aquella que aborda la relación entre contrato y el principio de la no discriminación arbitraria destacan principalmente María Paz García Rubio en España, Martha Neme en Colombia, Emanuela Navarretta en Italia y Vincenzo Barba en el derecho europeo, dado que analiza los instrumentos internacionales sobre los que se ha erigido el derecho antidiscriminatorio, focalizando su atención el derecho español y en el derecho italiano.

En efecto, en el derecho español, María Paz García Rubio ha examinado la discriminación por razón de sexo en el derecho contractual a propósito de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres<sup>33</sup>, la discriminación por razón de sexo en la contratación privada<sup>34</sup> y la contratación privada en la propuesta de directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, abordando la negativa de una entidad bancaria a conceder un

<sup>29</sup> BERCOVITZ (1990), pp. 369-427; GARCÍA (2002), pp. 297-314; BILBAO (2006), pp. 147-198; AGUILERA (2009); BELADIEZ (2017), pp. 75-97; CAUMONT (2021), pp. 43-54; GONZÁLEZ (2021), pp. 95-109; DOMÍNGUEZ (2021), pp. 131-170; PÉREZ (2021), pp. 171-195; VÁSQUEZ y VARGAS (2021), pp. 171-195; MARTÍNEZ (2021), pp. 333-356 y VIVAS (2021), pp. 672-692.

<sup>30</sup> Autor que postula que dicho juicio supone que el conflicto generado por la colisión o contraposición de principios se debe resolver según la dimensión de su diferente “peso” y no según su validez. Véase ALEXY (2007), p. 134 y ss., cuestionándolo GARCÍA AMADO (2007), pp. 249-332 y MORESO (2007), pp. 223-248.

<sup>31</sup> GARCÍA (2002), p. 313.

<sup>32</sup> ALFARO (1993), pp. 113-114 y GARCÍA (2002), pp. 312-313.

<sup>33</sup> GARCÍA RUBIO (2007), pp. 131-166. En igual sentido NAVAS (2008), pp. 1476-1490.

<sup>34</sup> GARCÍA (2011), pp. 1073-1119.

crédito hipotecario a una embarazada, la exigencia a una mujer de un aval para acceder al uso de una vivienda o el distinto trato que se le otorga a los hombres respecto de las mujeres para el otorgamiento de un seguro<sup>35</sup>.

La autora a partir de su análisis ha asentado, al menos, dos premisas relevantes, en lo que aquí interesa. La primera es que en los casos de discriminación contractual entran en conflicto los principios de libertad de contratación e igualdad, lo que exige efectuar un juicio de ponderación para determinar cuál debe defenderse a costa del sacrificio del otro, ya que tal libertad no es absoluta, dado que admite límites derivados de valores superiores del ordenamiento jurídico plasmados en conceptos como el orden público, las buenas costumbres o en razón del desequilibrio político y económico existente entre las partes, como sucede con las normas de protección a los trabajadores y a los consumidores<sup>36</sup>. La segunda es que frente a la discriminación contractual proceden determinados medios de tutela, cuales son la cesación del acto, la obligación de contratar con la persona discriminada, la nulidad del acto o cláusula discriminatoria, la modificación del contrato y la indemnización de daños, a los que añade la resolución del contrato y la suspensión del propio cumplimiento si la discriminación supone un incumplimiento contractual<sup>37</sup>.

En la doctrina colombiana Martha Neme<sup>38</sup> ha planteado que la prohibición de discriminación contractual no pretende resolver un problema de acceso a los mercados, la debilidad de quien la sufre ni la garantía de la transparencia en el ámbito público de la oferta, sino que se trata de un asunto de dignidad humana, de democracia y de justicia. Así, señala que la protección de los derechos fundamentales es esencial en el derecho privado, que el alcance de la protección contra la discriminación en materia contractual debe ser amplio, que la prohibición de discriminación arbitraria no puede estar reducida al ámbito de las ofertas públicas y que la posibilidad de acceso al mercado como supuesto de protección en contra de la discriminación es insuficiente y desnaturaliza el derecho a la igualdad. Agrega que no existen razones valederas para excluir del control contra la discriminación el ámbito familiar y precisa que avalar la discriminación implica promover una cultura individualista de tolerancia incompatible con los valores humanistas de un estado social de derecho y que la tutela contra la discriminación en materia contractual debe considerar la eventual tensión entre la dignidad humana y otros principios como la libertad de expresión y la libertad religiosa.

<sup>35</sup> GARCÍA (2012), pp. 733- 761.

<sup>36</sup> GARCÍA (2011), pp. 1079-1086.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, pp. 1101-1115. Por su parte, Fernando Rey ha explorado el modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el derecho español y Francisco Infante Ruíz ha indagado la prohibición de discriminar en el derecho de contratos en la jurisprudencia española. Véase REY (2012), pp. 25-60 e INFANTE (2013), pp. 169-197.

<sup>38</sup> NEME (2021), pp. 93-116.

En Italia, Emanuela Navaretta<sup>39</sup> se inclina por aplicar el principio de no discriminación más allá del ámbito de la oferta al público, indagando la proyección vertical y la proyección horizontal del principio de igualdad en el contrato. A partir de un análisis de la normativa sectorial italiana que recoge el principio de no discriminación arbitraria, propone que el intérprete debe reconducir estas disposiciones a la disciplina general del contrato desde una perspectiva sistémica, pero sin forjar un sistema monolítico ni destruir el contrato<sup>40</sup>. Enfatiza, además, que siendo el fundamento de la discriminación la ofensa a la dignidad humana, el contrato individual no resulta impermeable a esta ni a la discriminación arbitraria, pero que ello no equivale a controlar la elección contractual en forma absoluta, toda vez que anularía la autonomía de la voluntad, sino en particulares contextos y por determinados motivos. Por último, apunta que el sujeto discriminado solo tendrá la calidad de débil si se presentan razones de efectiva debilidad contractual por falta de alternativas en el mercado o actores contingentes que afectan su plena autonomía y determinan una explotación abusiva.

Con todo, la investigación más completa a la fecha, que recoge muchas de las reflexiones antes apuntadas, la ha realizado Vincenzo Barba<sup>41</sup> avanzando decididamente respecto de ellas, a partir de la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación española, y está contenida en su monografía titulada *Principio de no discriminación y contrato* que se erige sobre dos aristas: el principio de no discriminación y la proyección de su observancia en las distintas fases del *iter* contractual. En lo que refiere a dicho principio sostiene que es un *principio-valor* en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y lo formula a partir de la eficacia horizontal de la igualdad ante la ley y en la necesidad de armonizarlo con la autonomía negocial y, por consiguiente, con la libertad de contratar, arribando a dos constataciones. La primera es que no es posible anular la libertad de negociación ni pretender que un contratante pueda elegir ni discriminar libremente y que la prevalencia de uno u otro requiere de un juicio de ponderación. La segunda consiste en acuñar la expresión “hecho discriminatorio” para aglutinar los supues-

20

---

<sup>39</sup> NAVARETTA (2014), pp. 129-154. Reflexiones similares se advierten en MAFFEIS (2007), MAFFEIS (2008), pp. 401-435, GENTILI (2009), pp. 207-23, CARAPEZZA (2013) y CIACIMINO (2018), pp. 667-715.

<sup>40</sup> En tal sentido expresa “Si bien es evidente que las desigualdades deben ser combatidas, es también cierto que, roto el velo de la igualdad formal, son tales y tantas las posibles diversidades reales que, de secundarlas todas, se corre el riesgo de poner en constante discusión la obligatoriedad del acuerdo. Análogamente, si el objetivo de la igualdad en concreto en el acceso al contrato debe inducir a un juicio sobre la elección negocial, realizar un control muy amplio e invasivo podría amenazar la misma autonomía que es el fundamento del contrato”. NAVARETTA (2014), pp. 134-135.

<sup>41</sup> BARBA (2023).

tos de discriminación directa, de discriminación indirecta y aquellos realizados a través de un acto declarativo y de un acto no declarativo que excluyan a otro contratante en atención a cualquier condición o circunstancia personal o social.

En lo que refiere a la proyección de este principio en el *iter* contractual, el autor examina la observancia de dicho principio en la fase precontractual, a propósito del contenido de contrato y tratándose de su ejecución. En la fase precontractual analiza el principio de no discriminación en la oferta al público, en las técnicas de negociación individuales, en la negativa a contratar y en las tratativas preliminares, distinguiendo la ruptura arbitraria de las tratativas preliminares de la ruptura injustificada y discutiendo si la primera puede subsumirse en la última o se trata de figuras diversas. En lo que concierne al contenido del contrato examina diversas hipótesis (tales como la exigencia de un precio distinto para los extranjeros o coberturas distintas para hombres y mujeres en el contrato de seguro) y transita a las condiciones generales de la contratación. Por último, a propósito de la ejecución del contrato examina la negativa a cumplir el contrato por un motivo discriminatorio, la ejecución discriminatoria del contrato, el caso paradigmático de la contratación algorítmica, así como la procedencia de la nulidad del contrato, su modificación, la imposición de la obligación de contratar y la indemnización de daños como medios de tutela frente a la discriminación del contrato, ampliando la tutela del acreedor discriminado<sup>42</sup>.

21

Pues bien, como se advierte, el principio de no discriminación arbitraria ha adquirido carta de ciudadanía en el derecho contractual europeo, pudiendo concebirse como aquella directriz que exige no excluir al otro negociante o contratante de la negociación o celebración del contrato ni discriminarlo con ocasión de su contenido o ejecución, según en el caso, por razones que carezcan de una justificación razonable (origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, idioma, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) imponiendo así una obligación de no discriminar (contenido negativo) y la adopción de todas las medidas encaminadas a alcanzar una igualdad sustantiva con el otro negociante o contratante (contenido positivo), perfilándose como un límite a la libertad contractual<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> BARBA (2023), pp. 114-166. Un detenido análisis de la nulidad del contrato en BARAT (2022), pp. 510-527 y de la imposición de la obligación de contratar en NAVAS (2007), pp. 1619-1639.

<sup>43</sup> BARBA (2023), p. 190.

## II. LA JUSTIFICACIÓN, UTILIDAD Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA EN EL DERECHO COMÚN DE CONTRATOS

Establecido el origen, la formulación y la noción de este principio en el derecho común de contratos cabe formularse, al menos, tres interrogantes cuya respuesta no aparece tan clara en la doctrina extranjera referida precedentemente y cuyas respuestas permiten justificar su estudio en sede contractual y, en lo que aquí interesa, en el derecho chileno.

- i) La primera es, ¿por qué se justifica la observancia de este principio en el derecho común de contratos?
- ii) La segunda es, ¿cuál es la utilidad de situar esta directriz en sede contractual para el contratante discriminado arbitrariamente? y
- iii) Y, la tercera, tiene relación con su alcance y puede formularse de la siguiente manera: ¿a qué tipo de discriminaciones se aplica este principio y en qué circunstancias?

En este mismo orden serán abordadas, procurando formular la respuesta que parece adecuada a cada una de ellas.

### *1. La justificación de la no discriminación arbitraria en sede contractual: una categoría especialmente tutelable*

22

Una revisión de la literatura constitucionalista<sup>44</sup> evidencia que el intento de extender la prohibición de discriminación arbitraria a privados no es nuevo y que existen al menos tres argumentos que la justifican:

- i) la prevención del daño que dicha discriminación genera o puede generar,
- ii) la intención de quien la realiza (dado que ella supone querer dañar a otros a partir de la idea que se puede actuar en forma caprichosa excluyendo a algunos individuos respecto de otros) y
- iii) el fortalecimiento, observancia y respeto de valores esenciales del ordenamiento jurídico, tales como la igualdad, libertad y dignidad de los seres humanos.

Pues bien, en lo que refiere al derecho de contratos, la primera cuestión que debe abordarse es por qué el derecho contractual debería recepcionar el principio de la no discriminación arbitraria si se trata de una directriz propia del derecho constitucional y más recientemente del derecho de consumo que en el ordenamiento jurídico chileno se encuentra consagrado en el art. 19 n.º 2 y n.º 3 de la *CPR* y en el art. 3 letra c) de la *LPC*.

---

<sup>44</sup> KOPPELMAN (2004), p. 43, LIPPERT-RASMUSSEN (2006), p. 835; EPSTEIN (1995), pp. 369-471; ANERSON (2006), pp. 700-782 y DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 152-153.

En efecto, el numeral 2 del art. 19 asegura a todas las personas “la igualdad ante la ley” y el numeral 3 garantiza “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, examinándose en nuestra doctrina y jurisprudencia, hasta ahora, como una garantía constitucional desligada de la relación contractual. Por su parte, el art. 3 letra c) de la LPC reconoce el derecho del consumidor a “no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes o servicios”<sup>45</sup>, concitando la atención de la doctrina nacional con ocasión de la negativa injustificada de venta disciplinada en el art. 13 de la LPC<sup>46</sup> y de la publicidad sexista<sup>47</sup> e, incluso, del SERNAC y del CONAR con ocasión de esta última, como lo evidencian, respectivamente, el Informe Anual de Publicidad Sexista elaborado por dicho servicio de 2023<sup>48</sup> y los arts. 1 y 2 del *CchEP* que la repudian<sup>49</sup>.

La interrogante respecto de la justificación de incardinar el principio de no discriminación arbitraria en el derecho común de contratos es relevante en sistemas jurídicos como el chileno en que dicho principio no se encuentra consagrado legalmente en sede contractual, a diferencia de lo que acontece en el derecho español que, como se refirió en la primera sección de este artículo, en un inicio lo consagró en directivas específicas y solo posteriormente en la Ley 15/2022 española.

Y es que en el caso del derecho español la respuesta es que no procede la discriminación arbitraria porque la ley así lo establece, justificación que no puede extrapolarse a aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplan norma alguna que establezca esta prohibición en sede contractual. En estos últimos, entre los cuales se encuentra el chileno, existen, al menos tres posibles alternativas que justifican incardinar dicho principio:

- i) recurrir a la eficacia horizontal de las garantías fundamentales y a la constitucionalización del derecho privado,
- ii) concebir a la discriminación no arbitraria como manifestación de la dignidad humana y
- iii) perfilar a dicha discriminación como un límite a la libertad contractual. En este mismo orden las se examinarán.

<sup>45</sup> Sobre el alcance de este artículo véase BARRIENTOS (2024), pp. 404-413.

<sup>46</sup> Por todos LÓPEZ (2019b), pp. 404-405; NASSER (2024), pp. 978-980 y VERA (2024), pp. 990-995.

<sup>47</sup> Atendido su carácter estereotipado y discriminatorio: RIZIK (2020), pp. 141-154 y MARTABIT, HARA, REVECO, DURAND (2021), pp. 278-294 y LÓPEZ (2022b), pp. 136-143.

<sup>48</sup> Disponible en [www.sernac.cl/portal/619/articles-78552\\_archivo\\_01.pdf](http://www.sernac.cl/portal/619/articles-78552_archivo_01.pdf) [fecha de consulta: 15 de agosto de 2025].

<sup>49</sup> Que en su 7ª ed. de 2024, repudia, al igual que en las anteriores, la publicidad sexista en su art. 1.º (sujeción al ordenamiento jurídico, la moral y el respeto a las personas) y en su art. 2.º (uso de estereotipos y representaciones de género y edad). Disponible en [www.conar.cl/wp-content/uploads/2024/12/CCHEP7-2024.pdf](http://www.conar.cl/wp-content/uploads/2024/12/CCHEP7-2024.pdf) [fecha de consulta: 15 de agosto de 2025].

## i. Primera justificación:

recurrir a la eficacia horizontal de las garantías fundamentales y a la constitucionalización del derecho privado

La primera justificación de la observancia del principio de no discriminación arbitraria en el derecho común de contratos consiste en invocar la eficacia directa u horizontal de las garantías fundamentales y la constitucionalización del derecho privado (*Drittwirkung der Grundrechte*), que exige aplicar directamente la *Constitución*, a partir de los argumentos esgrimidos por la doctrina comparada que ha examinado la procedencia de la no discriminación arbitraria en el derecho de contratos<sup>50</sup>.

El primero de tales argumentos, formulado por María Paz García Rubio, antes de la Ley 15/2022, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación española, es que solo si se limitan los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se garantiza la pluralidad de opciones individuales y la autonomía de los individuos privados para trazar sus propios fines y decidir los medios más adecuados para alcanzarlos<sup>51</sup>.

El segundo, lo proporciona Jesús Alfaro, quien indica que todas las discriminaciones en la selección del otro contratante son lícitas en razón de la libertad contractual de quien elige, salvo que sea vejatoria o ella sea insoporrible por implicar renunciaciones inadmisibles a los derechos del sujeto afectado o a su dignidad como persona<sup>52</sup>.

Y el tercero, lo añade Vincenzo Barba y consiste en sostener que si solo se aceptara la eficacia vertical de los derechos fundamentales se produciría el paradójico resultado de que el legislador no podría discriminar, pero los particulares podrían realizar conductas o celebrar negocios jurídicos discriminatorios<sup>53</sup>.

En la doctrina chilena también se ha sugerido extender la prohibición de discriminación arbitraria del art. 19 n.º 2 de la *CPR* a privados o particulares, indicándose que los argumentos para sustentar esta postura se extraen de la misma *CPR* y derivan de la interpretación de ciertas expresiones contenidas en los numerales 2 y 16 del art. 19, del principio de igualdad de trato, de la obligatoriedad de las normas constitucionales y de otras consideraciones dogmáticas<sup>54</sup>. En efecto, el primer argumento es el alcance amplio que se ha dado a las expresiones “autoridad”, “en Chile no hay personas ni grupos privilegiados” y “en Chile no hay esclavos”, contenidas en dicho precepto,

<sup>50</sup> Una profusa justificación de la eficacia directa de los derechos fundamentales en ALFARO (1993), pp. 86-96 y GARCÍA (2002), pp. 297-313. En la doctrina chilena por todos ALDUNATE (2008), pp. 211-224.

<sup>51</sup> GARCÍA (2002), p. 313.

<sup>52</sup> ALFARO (1993), pp. 113-114. Pero también es acogido por GARCÍA (2002), pp. 312-313.

<sup>53</sup> BARBA (2023), p. 31.

<sup>54</sup> Por todos ALDUNATE (2008), pp. 212, 219-220 y DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 156-157.

pues todas ellas comprenderían a privados<sup>55</sup>. El segundo argumento es el tenor del inciso segundo del art. 19 n.º 16, dado que este prohíbe

“cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de la que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”,

corroborando así que los particulares están vinculados por mandatos constitucionales no discriminatorios. El tercero, es el principio de igualdad de trato y el principio de obligatoriedad de las normas constitucionales contenido en el art. 6 de la *CPR* que alcanzaría a los privados, ya que, de acuerdo con este artículo, dicho principio vincula no solo a los órganos del Estado, sino a “toda institución, persona o grupo”. Finalmente, el último argumento es que la discriminación privada repercute en grupos mayores e, incluso, en la sociedad toda, impidiendo la integración social y el pleno aprovechamiento de las capacidades de todas las personas y grupos.

Con todo, y no obstante lo acertado de tales argumentos, a partir de la entrada en vigencia de la Ley n.º 20609, que establece medidas contra la discriminación arbitraria, debería superarse el recurso a la eficacia horizontal de las garantías fundamentales y la constitucionalización del derecho privado y recurrirse a la ley como límite a la libertad contractual, como lo se señalará más adelante cuando se indague la tercera justificación a la que puede adherirse para incardinar el principio de no discriminación arbitraria en el derecho común de contratos chileno.

25

## ii. Segunda justificación:

admitir la discriminación arbitraria  
como una manifestación de la dignidad humana

La segunda alternativa de incardinación del principio de no discriminación arbitraria en el derecho de común de contratos es aprovechar el ingreso de la dignidad al derecho contractual como un *status* –como lo han sugerido Sergio Gamonal y Alberto Pino siguiendo a Jeremy Waldron<sup>56</sup>–, entendiendo que ella fundamenta la prohibición de tratos crueles, humillantes, vejatorios o degradantes en cualquier situación y focalizarse en la no discriminación arbitraria como una de sus manifestaciones.

Lo cierto es que la noción de dignidad tiene contornos difusos tanto en el derecho constitucional como en el derecho privado. Sirva de ejemplo la

<sup>55</sup> Incluso aquella que refiere a “autoridad”, pues por ella se entendería a aquellas personas dotadas de gran poder respecto de otras, normalmente al interior de cuerpos intermedios, como el gerente general de una empresa respecto de sus empleados y el presidente de un club deportivo en relación con sus asociados, DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 155-156.

<sup>56</sup> WALDRON (2013).

noción constitucionalista proporcionada por Humberto Nogueira, quien la ha definido como aquella

“cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal”<sup>57</sup>.

En el derecho privado, Juan Luis Goldenberg<sup>58</sup>, admitiendo la dificultad de definirla, arriba a ciertos consensos mínimos en torno a su noción, estableciendo que la dignidad constituye un bien jurídico especialmente tutelado por el ordenamiento jurídico, el soporte de toda garantía fundamental y que no se traduce solo en la proscripción de tratos humillantes o vejatorios sino que en exigir la revisión de un contenido mínimo de la prestación, en el reforzamiento de la autonomía de los sujetos evitando cualquier forma de aprovechamiento de su potencial vulnerabilidad y en la protección de las garantías fundamentales que derivan del reconocimiento de la dignidad humana.

Esta segunda justificación parece ser acogida por Martha Neme<sup>59</sup>, toda vez que vincula la prohibición de discriminación contractual y la dignidad humana, indicando que el Estado debe propender a la tutela efectiva de los derechos fundamentales y, en particular, a la dignidad humana, realizando acciones concretas tendientes a garantizar la prohibición de discriminación, fomentando la inclusión social y mejorando la calidad de vida de los asociados acorde con los presupuestos de la dignidad humana. Asimismo, señala que la tutela contra la discriminación en materia contractual debe considerar la eventual tensión entre la dignidad humana y otros principios constitucionales y envuelve la protección contra la exclusión, traduciéndose en la prohibición de la discriminación que impide el reconocimiento del otro, en el respeto por la diversidad y en el otorgamiento de la igualdad de oportunidades a todas las personas.

El problema que puede presentar incardinar la no discriminación arbitraria a partir de la dignidad humana es que ella deviene en un fundamento muy amplio y vago que solo tiene reconocimiento en sede constitucional y en el derecho de consumo, pero no en forma expresa en el derecho civil, lo que no impide recurrir a ella en derecho de contratos para configurar una causal de nulidad de un contrato celebrado por contravenir las buenas costumbres<sup>60</sup> o

---

<sup>57</sup> NOGUEIRA (2010), p. 81. Sobre la dignidad humana como valor y como derecho constitucional véase BARAK (2024).

<sup>58</sup> GOLDENBERG (2022), pp. 106-112.

<sup>59</sup> NEME (2023), pp. 100, 108 y 111.

<sup>60</sup> GAMONAL-PINO (2022), p. 53.

la ley<sup>61</sup> o como un límite a la procedencia de la pretensión de cumplimiento específico<sup>62</sup>, pero que resulta forzado tratándose de la discriminación arbitraria si existe una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico que repudia dicha discriminación y que permite perfilarla como un límite a la libertad contractual.

iii. Tercera justificación:

concebir el principio de no discriminación arbitraria como un límite a la libertad contractual

Esta última alternativa de incardinación del principio de no discriminación arbitraria en el derecho común de contratos, a diferencia de las dos anteriores, que son propias del derecho constitucional, está formulada desde el derecho civil y, específicamente, desde un subprincipio de la autonomía de la voluntad, cual es la libertad contractual y, por lo mismo, se aviene más con la propuesta que esta investigación sugiere.

Y es que sustentar la no discriminación arbitraria en el derecho común de contratos a partir de categorías constitucionales no constituye un gran avance para el derecho civil, pues implica el ingreso de una disciplina distinta y de categorías extrañas al derecho de contratos que podrían interpretarse como un mero trasplante desde el derecho constitucional, en circunstancias que el derecho civil dispone de una categoría conceptual que le permite justificar el repudio de la discriminación arbitraria en forma más adecuada, cual es la libertad contractual. Un problema similar se advierte si se intenta determinar si prevalece la libertad contractual o la no discriminación arbitraria en el derecho de contratos a partir de un juicio de ponderación de derechos fundamentales<sup>63</sup>, ya que existen en el derecho contractual dispositivos como la contravención a la ley, a la moral, a las buenas costumbres, la buena fe que permiten establecerlo, a las que se añade la noción de incumplimiento que, junto a las anteriores, permiten articular la tutela contractual del discriminado y arribar, según el caso, a la nulidad de la cláusula discriminatoria o del contrato, a la indemnización de daños o a la resolución del contrato, entre otros medios de tutela<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> LÓPEZ (2024c), p. 175.

<sup>62</sup> GAMONAL-PINO (2022), p. 55.

<sup>63</sup> Como lo sustenta PRADO (2024a).

<sup>64</sup> La misma idea ha sugerido Juan Luis Goldenberg tratándose del derecho de consumo, oponiéndose al juicio de ponderación atendido que los particulares no están a cargo de la formulación de políticas públicas ni guían su actuación conforme a ellas, inclinándose por las buenas costumbres como baremo de todo lo que se estime atentatorio de la dignidad de las personas o, en general, a todo lo que impacte en las expectativas de la comunidad para la validación de los comportamientos de sus miembros en la construcción de una sociedad más justa. GOLDENBERG (2025), pp. 63-116.

Como apunta Ana Giménez<sup>65</sup>, el derecho a la libertad, en sus más amplias dimensiones, es necesario para el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana que constituyen derechos básicos en todas las constituciones europeas, al igual que la autonomía privada, toda vez que ella se traduce en libertad económica y en libertad contractual. Por otro lado, Olha Cherednychenko<sup>66</sup> ha sugerido aplicar cuidadosa y cautelosamente los principios tradicionales de derecho de contratos y los derechos fundamentales para evitar que el derecho contractual europeo se convierta en un anexo de interpretación del derecho fundamental sin valor por sí mismo.

Pues bien, como es ampliamente sabido, la libertad contractual es un subprincipio de la autonomía de la voluntad en virtud del cual las partes son libres para contratar o no y, en caso afirmativo, para elegir a la persona del cocontratante, así como las cláusulas o contenido del contrato<sup>67</sup>. Pero dicha libertad, tanto en lo que refiere a su conclusión como a su configuración interna, admite ciertas excepciones, como lo evidencian el contrato forzoso, el contrato dirigido y el contrato de adhesión, cuyo origen se encuentra en la ley. En efecto, el contrato forzoso es aquel que la ley impone la obligación de celebrar o darlo por celebrado; el contrato dirigido es el normado o dictado por el legislador y el contrato de adhesión, definido en el art. 1 n.º 6 de la LPC, es aquel cuyas cláusulas han sido propuestas de forma unilateral por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido<sup>68</sup>.

Tales excepciones a la libertad contractual revelan, entonces, que un límite indiscutido de ella se encuentra en la ley y que, en la discriminación arbitraria, que es la hipótesis que acá interesa, refiere al hecho discriminatorio. Este límite puede estar formulado en forma expresa, como acontece en II.-2:101:1 del DCFR, en los arts. 2 y 4 de la Ley 15/2022 española y en el art. 1219 de la PME de 2023, constituyendo estas regulaciones manifestaciones de un modelo que denominaremos “explícito”.

En efecto, el apartado II.-2:101:1 del DCFR, bajo la rúbrica “Derecho a no ser víctima de discriminación” dispone:

“Una persona tiene derecho a no ser discriminado por razón de sexo u origen étnico o racial en relación con un contrato u otro acto jurídico cuyo acceso sea facilitar el acceso o el suministro a bienes, otros activos o servicios que estén disponibles al público”.

<sup>65</sup> GIMÉNEZ (2017), p. 139.

<sup>66</sup> CHEREDNYCHENKO (2010), p. 65.

<sup>67</sup> Por todos LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 275-276.

<sup>68</sup> Un estudio de todos ellos en el derecho chileno en *op. cit.*, pp. 150-165 y 169-188.

En un sentido similar destaca el art. 2 de la Ley 15/2022, que prescribe:

“Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Este último artículo se complementa con el numeral 1 y 3 del art. 4, que regula el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. El primero establece, en su parte pertinente, que “queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad”, precisando:

“se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o intersectorial, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, el orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes”.

29

El segundo, en tanto, indica:

“el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de normas jurídicas”.

Finalmente destaca dentro de este modelo explícito, el art. 1219 de la PME, que, a propósito de la libertad contractual, dispone:

“1. 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.

1. Las partes 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 lo cierto es que en aquellos casos en que el principio de no discriminación arbitraria no está regulado en forma expresa en sede contractual también puede inferirse de una interpretación armónica de diversas disposiciones existentes en un ordenamiento jurídico determinado que permitan perfilar a la no discriminación arbitraria como límite a la libertad contractual, advirtiéndose así un “modelo implícito” que, como se advertirá en el próximo apartado, es precisamente el caso del derecho chileno.

Y es que, como señala Vincenzo Barba<sup>69</sup>, la idea según la cual en los ordenamientos jurídicos actuales, con independencia de que una disposición explícita que lo señale, exista una norma imperativa que prohíbe toda discriminación arbitraria, permite concluir que dicho principio se expande también al contrato, tanto en su formación (durante las tratativas preliminares o tratándose de las condiciones generales de la contratación), contenido (cláusulas discriminatorias) y ejecución, como acontecerá si el vendedor ha celebrado el mismo contrato con varias personas y les concede un plazo distinto para cumplir en razón de su situación económica, orientación sexual, política religiosa o discapacidad o, bien, no ejecuta el contrato invocando como justificación alguno de estos factores.

Con todo, podría pensarse que otra alternativa adecuada para incardinar el principio de no discriminación arbitraria en el derecho civil es el abuso del derecho del contratante que discrimina arbitrariamente al otro o la contravención del principio de buena fe de dicho contratante. Pero lo cierto es que un análisis más detenido lleva a excluirlas porque la primera supone la existencia de un límite a la libertad de contratación y la segunda permite efectuar tal incardinación a partir de una interpretación del art. 1546 del *Código Civil*, que resulta más intrincada, porque la buena fe constituiría el límite a la libertad de contratación que, a su vez, remitiría a la no discriminación arbitraria.

En efecto, no es que un contratante tenga propiamente el derecho a contratar, sino que tiene libertad de contratación y en razón de ella elige a su cocontratante y determina el contenido de dicho contrato, pero ella puede estar limitada por la ley, como acontece en este caso; y, en el evento que se admita que el contratante tiene tal derecho, este no es absoluto ni ilimitado, sino que está sujeto a límites y el límite, en este caso, es la no discriminación arbitraria.

Por otro lado, el art. 1546, que se refiere a la buena fe contractual, cuya observancia no se agota en la fase de ejecución del contrato, sino que se proyecta a todo el *iter* contractual<sup>70</sup>, señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe (entendiéndose incluida la fase precontractual) y obligan no solo a lo que en

<sup>69</sup> BARBA (2023), pp. 40-45.

<sup>70</sup> Por todos LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 427-460.

ellos se expresa sino, en lo que aquí interesa, “a todas las cosas que por ley pertenecen a ella”. Y la obligación de no discriminar arbitrariamente sería una de esas cosas que por ley pertenece a la buena fe, dado que se trata de un imperativo constitucional y legal ampliamente conocido. Así las cosas, la buena fe devendría en el límite a la libertad de contratación y a través de ella se incardinaría la no discriminación arbitraria, en circunstancias que parece más sensato acudir en forma directa al verdadero límite, cual es, la no discriminación arbitraria, y no recurrir a la buena fe para transitar a este.

## *2. El alcance de la no discriminación arbitraria en sede contractual*

Una segunda cuestión que debe establecerse es a qué tipos de discriminaciones arbitrarias se aplica este principio en el derecho común de contratos y si tal exigencia debe extrapolarse a los particulares o privados en los mismos términos que ha sido impuesta a los organismos o autoridades estatales.

De allí que sea útil recurrir a la regulación del principio de no discriminación arbitraria en el DCFR y en la Ley 15/2022 española, en atención a dos consideraciones relevantes. La primera es que ambas regulaciones consagran tal principio, establecen una tipología de la discriminación y tipifican determinadas causales que permiten configurar el hecho discriminatorio. La segunda es que, atendida su amplia formulación, la prohibición de discriminación tendría el mismo alcance para los organismos y autoridades públicas como para los particulares.

En efecto, el II.-2:102 del DCFR define la discriminación arbitraria, refiere sus tipos y el supuesto en que no se configura tal discriminación. Así, señala que por discriminación se entenderá toda conducta o situación en la que, por sexo, origen étnico o racial

- i) una persona es tratada de manera menos favorable que lo que otra persona es, haya sido o hubiera sido tratada en una situación comparable (discriminación directa) o una disposición, criterio o práctica que aparecen como neutras sitúen a un grupo de personas en particular desventaja con respecto a otro grupo diferente de personas (discriminación indirecta);
- ii) un sujeto es acosado por los mismos motivos antes referidos, precisando que el acoso significa la conducta no deseada que atenta la dignidad de una persona, sobre todo cuando dicha conducta crea o lo pretenda, un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo y
- iii) exista una orden de discriminar<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Un detenido estudio de todas ellas en GIMÉNEZ (2017), pp. 150-159.

El II.-2:103, en tanto, establece que el trato desigual justificado por una finalidad legítima no constituye discriminación arbitraria si los medios empleados para conseguirlo son adecuados y necesarios, entendiéndose que ello no acontecerá si se vulnera la dignidad humana y que existiría una propósito legítimo si la desigualdad de trato se debe a la necesidad de proteger a las víctimas de la violencia por razón de género, de intimidad y decencia o de promover la igualdad de género o la libertad de asociación, entre otras<sup>72</sup>.

Por su parte, la Ley 15/2022, en las definiciones que provee en el art. 6, distingue la discriminación directa e indirecta, la discriminación por asociación y por error, la discriminación múltiple e intersectorial, el acoso discriminatorio, la inducción, el orden o instrucción de discriminar, las represalias, las medidas de acción positiva y la segregación escolar.

Con todo, las discriminaciones que tienen incidencia en la negociación, celebración o ejecución de un contrato no son todas ellas, sino que, además de la discriminación directa e indirecta, la discriminación por error, la discriminación múltiple y discriminación intersectorial. La primera, de conformidad con el numeral 2 literal b) del art. 6, es “aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas”. La segunda, según el numeral 3 literal a), se produce “cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas simultáneas previstas en la ley”. Y, finalmente, la tercera, de acuerdo con el literal b) del art. 3, tiene lugar “cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación”.

De allí que Vincenzo Barba<sup>73</sup> conciba al hecho discriminatorio en sentido amplio, comprendiendo en él supuestos de discriminación directa, de discriminación indirecta, realizados a través de acto declarativo y no declarativo, esto es, todo comportamiento capaz de generar discriminación en razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad, situación socioeconómica o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Dicho de otra forma, como acertadamente han sugerido Jesús Alfaro y María Paz García Rubio, todas las discriminaciones en la selección del otro contratante son lícitas para los particulares en razón de la libertad contrac-

---

<sup>72</sup> Por todos GIMÉNEZ (2017), pp. 156 y 158. Sin embargo, como señala la autora, parece criticable la amplitud de los conceptos introducidos para configurar una prohibición de discriminación relativa, cuales son la finalidad legítima y la proporcionalidad de la medida discriminatoria, lo que ha exigido a los tribunales efectuar una ponderación a la luz del principio de adecuación, del principio de necesidad y del principio de proporcionalidad en sentido estricto, *op. cit.*, p. 159.

<sup>73</sup> BARBA (2023), p. 39.

tual de quien elige, salvo que sea vejatoria o ella sea insoportable por implicar renunciaciones inadmisibles a los derechos del sujeto afectado o a su dignidad como persona<sup>74</sup>.

Este planteamiento es coincidente con el que se ha sustentado en la doctrina nacional, pues, si bien los criterios prohibidos de discriminación que indica la Ley n.º 20609 sugieren que la prohibición de discriminación arbitraria tiene el mismo alcance para las autoridades y organismos públicos como para los particulares, la doctrina nacional autorizada<sup>75</sup> ha sostenido que el principio de no discriminación arbitraria entre privados debe atender a ciertos factores que no se consideran cuando se trata de organismos y autoridades públicas, sugiriendo que deberán proibirse entre ellos los actos discriminatorios que afectan en forma relevante la dignidad de las personas o que causan su estigmatización y aquellos que refuerzan una discriminación sistemática severa que afecta el estatus de ciudadanos libres e iguales de los discriminados.

### *3. La utilidad de situar en sede contractual el principio de no discriminación arbitraria*

La tercera cuestión que debe dilucidarse es cuál es la conveniencia o utilidad que reviste para el contratante perjudicado concebir la no discriminación arbitraria como un límite a la libertad contractual y, por consiguiente, como una categoría especialmente tutelable en el derecho de contratos.

La utilidad reside, como se adelantó, en ampliar y optimizar la tutela del discriminado, dado que ya no tendrá a su disposición la sola tutela inhibitoria y la resarcitoria –que procederían, aunque se reconociera solo la tutela extracontractual de la discriminación arbitraria –sino, también, como lo se referirá brevemente<sup>76</sup>, la nulidad del contrato, su adaptación, la imposición de la obligación de contratar, a las que pueden añadirse la resolución del contrato y la suspensión del propio cumplimiento en caso que la discriminación arbitraria conlleve un incumplimiento.

En efecto, la nulidad del contrato –que representa la tutela aniquilatoria en sede precontractual– puede ser total o parcial y estar prevista en forma expresa por contravención de una norma imperativa (como acontece en

<sup>74</sup> ALFARO (1993), pp. 113-114. En igual sentido GARCÍA (2002), pp. 312-313.

<sup>75</sup> Por todos DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 175-176. El autor descarta que la prohibición sea extensiva a aquellos actos que afecten un derecho fundamental o su esencia, porque ello implicaría establecer una jerarquía de derechos o determinar tal prohibición en la medida que el daño infringido a la víctima sea mayor que el daño a los derechos de quien se impide discriminar.

<sup>76</sup> Pues excede el ámbito de esta investigación y se abordará en otra distinta.

el art. 26 de la Ley 15/2022 española<sup>77</sup>) o no estarlo y arribar a ella por tratarse de un acto prohibido por ley o por configurarse un supuesto de objeto ilícito derivado de un contrato prohibido por ley. Así acontecería en el derecho chileno si existiera una cláusula de no discriminación arbitraria que se infringiera (caso en el cual la nulidad puede fundarse en los arts. 10, 1466 y 1682 del *Código Civil*) o en el caso de un contrato en que una cláusula esencial es discriminatoria y determina, por consiguiente, la nulidad del contrato.

La adaptación del contrato, en cambio, es un medio de tutela precontractual que tiene por objetivo la mantención del contrato siempre que ella sea conveniente y aun posible, permitiéndole al contratante perjudicado satisfacer forma directa su interés, ampliando el ámbito de procedencia del principio del *favor contractus*<sup>78</sup>. Aplicado a un contrato discriminatorio implica corregir su contenido y reducir, por ejemplo, el precio (si este es superior al habitual por razones discriminatorias) o ajustar el plazo (si es superior o inferior al habitual)<sup>79</sup> si existe una posibilidad razonable de identificar objetivamente cuál sería o debería ser el contenido del contrato. Si bien no está consagrado en nuestro derecho, su procedencia se ha sugerido a partir del principio de renunciabilidad de los derechos –pues faculta a uno o a ambos para renunciar a la acción de nulidad– y del principio de buena fe que imponen al contratante perjudicado el deber de aceptar la adaptación ofrecida por el otro en la medida que esta permita satisfacer su interés<sup>80</sup>.

34

Otro medio de tutela que se ha sugerido es la imposición de la obligación de celebrar de manera forzosa el contrato en la medida que aún sea posible, el contenido del contrato esté predeterminado y al sujeto discriminado le interese celebrarlo, pudiendo ser exigible la obligación de contratar en situaciones de necesidad, escasez de recursos vitales como la vivienda, emergencia, catástrofes naturales o conflictos sociales graves en que las leyes del mercado no funcionan de modo correcto<sup>81</sup>. Asimismo, se ha sostenido que para que exista una obligación de contratar se requiere, por un lado, que la parte discriminada no tenga acceso al bien o servicio de forma equi-

<sup>77</sup> Este artículo señala que “son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado 2 de esta ley”.

<sup>78</sup> LÓPEZ (2018), p. 153.

<sup>79</sup> BARBA (2023), pp. 131 y 135.

<sup>80</sup> LÓPEZ (2018), pp. 147-148 y 153.

<sup>81</sup> GARCÍA (2011), pp. 1104-1105. Pero existen supuestos en que ello no será posible. La autora señala como ejemplos el caso del arrendador que se negó a alquilar una vivienda a una mujer, pero a la época que el juez conoce de la discriminación ella ya no reside en esa ciudad y el caso del arrendador que, discriminando a un eventual arrendatario, celebra el contrato con una persona que está de buena fe y esto excluye la posibilidad de contratación con la persona discriminada, porque el arrendador ya no tiene más viviendas para alquilar, GARCÍA (2011), pp. 1104-1105.

valente mediante la celebración de un contrato sustitutivo y, por otro, que exista otro contrato que pueda considerarse absolutamente equivalente al que se habría celebrado de no existir discriminación<sup>82</sup>.

Finalmente, el discriminado también puede recurrir a la resolución por incumplimiento o a la suspensión del propio cumplimiento en la medida que la discriminación constituya un incumplimiento, lo que acontecerá si en la fase de implementación del contrato no se ejecuta una prestación respecto del otro contratante porque pertenece a una determinada colectividad religiosa o política. Si tal incumplimiento es esencial, porque, por ejemplo, frustra el negocio del discriminado (dado que no celebran el suministro pactado y eso le impide cumplir su propia prestación), puede demandar la resolución y perseguir así una tutela raesprinatoria. Incluso, puede solicitar la suspensión del cumplimiento de su propia prestación, invocando la discriminación arbitraria de la que fue objeto como incumplimiento, para forzar la realización de la prestación de su otro contratante, instando por una tutela satisfactiva<sup>83</sup>.

### III. LA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA EN EL DERECHO COMÚN DE CONTRATOS CHILENO

Justificada la incardinación del principio de no discriminación arbitraria en el derecho común de contratos y precisado su alcance, así como la utilidad que reviste para el contratante discriminado, resta ensayar una formulación de este principio desde el derecho común de contratos chileno.

35

Para alcanzar este propósito se examinará la recepción de dicho principio en la doctrina y en la legislación nacional, sugiriendo interpretar armónicamente determinadas regulaciones para incardinar la observancia del principio de no discriminación arbitraria en el derecho contractual como un límite a la libertad de contratación en su dimensión de conclusión (elegir al cocontratante) y de configuración interna (contenido del contrato a través de una o más cláusulas discriminatorias).

#### *1. El estado de la cuestión en la doctrina y en la legislación nacional: un tratamiento incipiente e incompleto de la discriminación arbitraria que no tutela al contratante perjudicado en sede contractual*

Una revisión de la literatura nacional evidencia que la discriminación en el derecho contractual no ha concitado la debida atención de nuestros auto-

<sup>82</sup> BARBA (2023), pp. 142-143.

<sup>83</sup> Sobre ambos medios de tutela véase DE LA MAZA-VIDAL (2018), pp. 427-480 y 549-608 y LÓPEZ (2017), pp. 44-51.

res<sup>84</sup>, pues han explorado tópicos circundantes a ella –tales como la constitucionalización del derecho privado<sup>85</sup>, la dignidad en el derecho privado<sup>86</sup> y la dignidad en los contratos civiles–, aproximándose a la discriminación desde el derecho privado, mas no desde la contratación civil<sup>87</sup>, a partir de dos aristas distintas, pero complementarias: la prohibición de discriminación arbitraria entre privados<sup>88</sup> y los deberes de no discriminar<sup>89</sup>.

En lo que refiere a la dignidad en el derecho privado se encuentra Mauricio Tapia, pues ha abordado la dignidad humana en el derecho civil patrimonial y más específicamente en el extrapatrimonial a propósito de la reproducción humana asistida, del principio de existencia de las personas, de la dignidad del cuerpo enfermo, de la disposición de tejidos o partes del cuerpo, de la investigación científica en seres humanos y del fin de la existencia de la persona<sup>90</sup>. Tratándose de la dignidad en los contratos en general destacan, por un lado, Sergio Gamonal y Alberto Pino<sup>91</sup> quienes recurriendo al inciso tercero del art. 1461 del *Código Civil* han subsumido el respeto a la dignidad en el orden público o en las buenas costumbres y, por otro, la incardinación de su observancia a partir de la proscripción de los contratos prohibidos por ley consagrada en el art. 1466 del *Código Civil*, dado que la dignidad humana se encuentra tutelada en el art. 1 de la *CPR*, y ella constituye la ley de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico chileno<sup>92</sup>. A propósito de la dignidad en los contratos en particular se encuentra Juan Luis Goldenberg, que aborda el contrato de arrendamiento abusivo de la Ley n.º 21325 sobre migración extranjera, a partir de la idea de que se configura una desatención de mínimos humanitarios que debe acarrear la nulidad absoluta de dicho contrato en razón de objeto ilícito o causa ilícita por infracción del orden público o de las buenas costumbres<sup>93</sup>.

<sup>84</sup> A diferencia de lo que ha ocurrido tratándose de las minorías y grupos vulnerables. Véase CÁNDANO y DÍAZ (2022).

<sup>85</sup> Por todos, DOMÍNGUEZ (1996); GUZMÁN (2001); CORRAL (2013), pp. 47-63; JANA (2021), pp. 73-106; GAMONAL y PINO (2022), p. 46; PRADO (2021), p. 63 y GOLDENBERG (2022), pp. 98-99.

<sup>86</sup> Específicamente como fundamento de los derechos de la personalidad. Una síntesis en ÁLVAREZ (2023), pp. 19-46.

<sup>87</sup> La única referencia se advierte en PRADO (2024a), pero con ocasión al derecho español y muy tangencialmente del derecho chileno, sin abordar en forma detenida su justificación ni su utilidad y sin ensayar una formulación acabada.

<sup>88</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 149-186.

<sup>89</sup> CHAUÁN y FLORES (2021), pp. 217-253.

<sup>90</sup> TAPIA (2021), pp. 35-71. En una dirección más general, CORNEJO (2014), pp. 79-88.

<sup>91</sup> GAMONAL y PINO (2022), p. 53.

<sup>92</sup> LÓPEZ (2024c), p. 175.

<sup>93</sup> GOLDENBERG (2023), pp. 679-695.

En lo que concierne a la discriminación arbitraria en el derecho privado José Manuel Díaz de Valdés<sup>94</sup> ha explorado la prohibición de discriminación ente particulares precisando que ella debe referirse a la discriminación directa, realizada mediante actos positivos que carezcan de justificación suficiente. Así, ha sostenido que se justifica prohibir tal discriminación, pero de una forma distinta a la que se le impone al Estado y que es posible identificar una serie de factores y justificaciones para determinar cuándo la discriminación arbitraria debe ser prohibida. Examina como justificaciones de dicha prohibición

- i) el daño que provoca la discriminación,
- ii) la intención de quien la ejerce,
- iii) el significado de esta en el ámbito social y
- iv) la prevención de efectos sociales indeseables.

Asimismo, sugiere criterios para determinar cuándo prohibir la discriminación entre particulares precisando el tipo de conductas o actos discriminatorios que deben prohibirse (“el que”), las personas involucradas en la prohibición y la relación entre ellas (“quiénes”) y la causa o motivo de dicha conducta (“el por qué”).

Por otro lado, Felipe Chauán y Beltrán Flores han abordado los deberes de no discriminar, distinguiendo el deber de no discriminar a quien se tiene en frente y los deberes de integrar a quienes han sido marginados, pero, al igual que el autor anterior, no se han aproximado a la discriminación arbitraria desde la contratación civil propiamente tal ni desde el derecho chileno. Solo han referido que un acuerdo unilateral con contenido antidiscriminatorio atenta contra las buenas costumbres y que el derecho privado puede internalizar y hacer propios los deberes de no discriminación, incluso de modo general para todas las relaciones que regula<sup>95</sup>.

El panorama ciertamente es más alentador en el derecho del consumo, toda vez que existe norma expresa y general que proscribire la discriminación arbitraria y otra más específica que se refiere a la discriminación en sede precontractual. En efecto, el art. 3 letra c) de la LPC consagra el derecho del consumidor a no ser discriminado de forma arbitraria por el proveedor de bienes y servicios. A este se agrega el 13 de dicha ley relativo a negativa injustificada de venta, dado que, como ha asentado la doctrina que se ha abocado a su estudio<sup>96</sup>, una de las causales de esa falta de justificación es la discriminación arbitraria, introduciendo en el último tiempo la figura de la negativa discriminatoria con una fisonomía propia<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 149-186.

<sup>95</sup> CHAUÁN y FLORES (2021), pp. 217-253 y, en especial, pp. 242-243.

<sup>96</sup> LÓPEZ (2019b), pp. 404-405, NASSER (2024), pp. 978-980 y VERA (2024), pp. 990-995.

<sup>97</sup> VERA (2024), pp. 984-1013.

Por su parte, las sentencias de los tribunales nacionales han sido contundentes en repudiar la discriminación del consumidor en términos generales y, muy especialmente, a propósito de su discapacidad, nacionalidad, edad y situación laboral, así como de la devolución sin justificación ni reparación de un producto que fue llevado al servicio técnico y continuó con el desperfecto<sup>98</sup> y, recientemente, de su filiación política. Así lo evidencia la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de 3 de diciembre de 2024 en Flores y H&M Hennes y Mauritz SPA, que condenó a la denunciada a pagar una multa a beneficio fiscal equivalente a cien unidades tributarias mensuales por infracción de los arts. 3 letra c) y 13 de la LPC por haber discriminado arbitrariamente a la denunciada durante el mes de diciembre de 2019 al rehusar el pago de diversos artículos que había seleccionado en el local ubicado en Casa Costanera de Vitacura, invocando como única razón su reconocida filiación política<sup>99</sup>.

Si bien la tutela a la discriminación arbitraria en los contratos de consumo refiere a la indemnización de daños, lo cierto es que ella es más amplia, pues, se trate o no de un contrato, se activa la tutela del art. 50 inciso segundo de la LPC, que contempla la cesación del ilícito, la indemnización, la reparación y la nulidad por cláusulas abusivas<sup>100</sup>, lo que acontecerá si una cláusula contractual es discriminatoria, dado que, como lo prescribe el art. 16 letra g), ella causa un desequilibrio importante en contra de las exigencias de la buena fe, en perjuicio del consumidor.

En una dirección similar a los arts. 3 letra c) y 13 de la LPC se encuentra el Decreto n.º 53 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Subsecretaría de Economía y Empresas de menor tamaño que aprueba el Reglamento sobre análisis de solvencia económica e información a los consumidores de 21 de abril de 2022, ya que su art. 5 relativo a *la no discriminación arbitraria* dispone que en la realización de dicho análisis los proveedores deberán dar cumplimiento al principio de no discriminación arbitraria, entendiendo que existe tal discriminación si con ocasión de este se efectúa

“una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de los derechos del consumidor, en especial cuando se funde en motivos de raza, etnia, orientación sexual, identidad y expresión de género, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación”.

<sup>98</sup> Véase ISLER (2019a), pp. 214-226, BARRIENTOS (2024), pp. 410-412 y PINOCHET (2024), pp. 144-145.

<sup>99</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, fol 1365-2022, 3 de diciembre de 2024. Disponible en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) comentada en LÓPEZ (2024b).

<sup>100</sup> Describiendo este sistema de tutela ISLER (2019b), pp. 195-207.

Pues bien, como se advierte el problema de la tutela de la discriminación arbitraria no se suscita, entonces, en los contratos de consumo, sino en los contratos civiles en atención a dos consideraciones. La primera es que no hay normas contenidas en el *Código Civil* que repudien la discriminación arbitraria del otro contratante. La segunda es que, como se señaló con antelación, la doctrina nacional solo ha indagado la discriminación en términos generales a propósito del derecho privado con ocasión de la prohibición de discriminación entre particulares<sup>101</sup> y de los deberes de no discriminar<sup>102</sup>, pero no lo han abordado desde la contratación civil chilena<sup>103</sup>, lo que desprotege al discriminado, toda vez que no podrá ampliar ni optimizar su tutela frente a tal exclusión arbitraria.

*2. Nuestra propuesta:  
la incardinación del principio de no discriminación arbitraria  
en el derecho común de contratos a partir de una interpretación armónica  
de la normativa antidiscriminatoria existente en el derecho chileno*

La ausencia normativa y dogmática de una prohibición de no discriminación en el derecho contractual chileno podría llevar a pensar que, existiendo un conflicto entre la libertad contractual y el principio de no discriminación, este debería resolverse en el derecho común de contratos nacional en favor de la libertad contractual, pues solo este último principio tendría reconocimiento normativo en el *Código Civil*, a diferencia del principio de no discriminación arbitraria que sería propio del derecho constitucional y del derecho de consumo.

Miradas las cosas desde esta perspectiva se estaría permitiendo la discriminación arbitraria en los contratos civiles, lo que no resultaría lógico si se considera que existen regulaciones en el ordenamiento jurídico chileno que, interpretadas armónicamente, debería conducir a repudiarla. Tal es el caso de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, consagrada en forma expresa en el art. 19 n.º 2 y n.º 3 de la *CPR* que el legislador ha implementado a través de una ley especialmente destinada al efecto, cual es, la Ley n.º 20609, que establece medidas contra la discriminación<sup>104</sup>, y del derecho al olvido oncológico, actualmente regulado en el art. 8 bis de la Ley n.º 21.258 que ha proscrito la discriminación arbitraria para la contratación de productos financieros y de seguros de salud. En este mismo orden se examinarán en las líneas que siguen.

<sup>101</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 149-186.

<sup>102</sup> CHAUÁN y FLORES (2021), pp. 217-253.

<sup>103</sup> Con excepción de PRADO (2024a) que se aproxima desde el derecho español sin formular en forma detenida la procedencia de este principio en el derecho chileno.

<sup>104</sup> Sobre dicha ley véase DÍAZ DE VALDÉS (2013), pp. 279-297 y DÍAZ DE VALDÉS (2017), pp. 447-488.

i. El art. 19 n.º 2 y n.º 3 de la *CPR*

Como es ampliamente sabido, el numeral 2 del art. 19 de la *CPR* asegura a todas las personas “la igualdad ante la ley”, en tanto, el numeral 3 garantiza “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, precisando que en Chile no hay personas ni grupos privilegiados ni esclavos, el que pisa su territorio queda libre y hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Existe consenso de que lo que quiere significar el art. 19 n.º 2 no es que todos los sujetos gocen o tengan unos mismos derechos o se vean compelidos por iguales obligaciones, ya que el derecho diferencia las distintas situaciones o hechos y les asigna consecuencias jurídicas diferentes o desiguales. Asimismo, resulta indiscutido que la garantía de la igualdad ante la ley consiste en asegurar derechos que son reconocidos en abstracto a personas que requieren de la existencia de una organización procesal adecuada para que en la práctica no sean conculcados<sup>105</sup>.

Dado que esta garantía de igualdad en la ley e igualdad ante la ley se encuentra en la *CPR*, su aplicación es amplia y puede proyectarse, entonces, como una exigencia para los organismos públicos y autoridades respecto de los particulares. Pero como ha sostenido la doctrina autorizada ya referida<sup>106</sup>, una interpretación amplia de determinados artículos de la *CPR* permite concluir que la exigencia de igualdad ante la ley y no discriminación son aplicables a privados. Se trata de las expresiones “autoridad”, “en Chile no hay personas ni grupos privilegiados”, “en Chile no hay esclavos” y

“cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de la que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”

contenidas, respectivamente, en los numerales 2 y 16 del art. 19. A ellas se agregan el principio de igualdad de trato y de obligatoriedad de las normas constitucionales contenido en el art. 6 de la *CPR* que, en su parte pertinente, indica:

“los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda a toda persona, institución o grupo”.

Pues bien, si el principio de no discriminación arbitraria es aplicable a los particulares o privados, este también procedería en la contratación civil y podría exigirse a los negociantes o contratantes que no discriminaran arbi-

<sup>105</sup> Por todos VIVANCO (2021), pp. 547.

<sup>106</sup> Por todos ALDUNATE (2008), pp. 212, 219- 220 y DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 150-161.

trariamente al otro negociante o al otro contratante durante la negociación, celebración o su ejecución del contrato o que no estipulen un contenido discriminatorio en su clausulado.

ii. La Ley n.º 20609,  
que establece medidas contra la discriminación

Esta ley, publicada en el *Diario Oficial* el 24 de julio de 2012, cuya dictación encuentra justificación, según señala su mensaje<sup>107</sup>, en la necesidad de resguardar la no discriminación arbitraria en el ordenamiento jurídico y garantizar en mejor forma la igualdad ante la ley y el reconocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, operativizó la garantía constitucional de igualdad ante la ley aludida en el apartado anterior. En efecto, como lo declara su art. 1, esta tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho cada vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.

Ese propósito evidencia su aplicación general, ratificada por el inciso segundo de dicho precepto, dado que establece que corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado elaborar e implementar, dentro de su ámbito de competencia, las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la *CPR*, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Se trata de una ley que no es tan sofisticada como la Ley 15/22 española, toda vez que no regula en forma expresa, como aquella, una tipología de la discriminación ni el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, económica, cultural y social<sup>108</sup> ni tampoco disciplina este derecho en los medios de comunicación social, en la publicidad, en internet, en redes sociales o en la inteligencia artificial ni contempla su defensa y promoción ni medidas de acción positiva para su adopción o un catálogo de infracciones ni sanciones.

En efecto, la Ley n.º 20609 es menos específica, pero contribuye a erradicar la discriminación arbitraria en términos amplios y no está circunscrita a la administración del Estado respecto de los particulares. Y es que, al propósito que declara el art. 1, se agrega, en lo que aquí interesa, la noción de discriminación arbitraria que acuña su art. 2 y la acción de discriminación arbitraria que tipifica su art. 3, facultando al recurrente para solicitar la suspensión provisional del acto reclamado.

<sup>107</sup> Véase Historia de la ley, disponible en [www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-laley/4516/](http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-laley/4516/) [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2025].

<sup>108</sup> Específicamente en el trabajo, en la educación, en la atención sanitaria, en los servicios sociales, en la oferta al público de bienes y servicios, en el acceso a la vivienda, en la administración de justicia, en la seguridad ciudadana y en actividades culturales y deportivas.

Así, el art. 2 entiende por discriminación arbitraria:

“toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, género, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

42

Precisa, además, que tales categorías sospechosas no podrán invocarse en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público y que se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de dichos criterios, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental o en otra causa constitucionalmente legítima. De allí que Jessica Arenas y Karen Damke<sup>109</sup> señalen que la discriminación arbitraria en la Ley n.º 20609 consiste en una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la *CPR* o en los tratados internacionales sobre derechos humanos que se encuentren vigentes.

El art. 3, por su parte, indica que los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria podrán interponer la *acción de no discriminación arbitraria*, a su elección, ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión, precisando el art. 5 que la acción deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella.

Lo relevante para el sujeto discriminado es que, de conformidad al art. 12, el tribunal en su sentencia declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando,

<sup>109</sup> ARENAS y DAMKE (2022), p. 54.

en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá, también, adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado<sup>110</sup>. Y, en el evento que hubiere existido discriminación arbitraria, aplicará, además, una multa de 5 a 50 UTM a beneficio fiscal a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio y si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, una multa de 2 a 20 dos UTM mensuales al recurrente, a beneficio fiscal.

Sin embargo, esta ley no ha estado exenta de críticas. Y es que el concepto de discriminación no es autónomo (dado que se configura en función de otros derechos) y que no se refiere a la discriminación múltiple ni a la discriminación indirecta. Por otro lado, es imprecisa en lo que refiere a las categorías sospechosas y que soluciona la colisión de derechos *ex ante* estableciendo que prevalecerán ciertos derechos que justifican la conducta, implementando una jerarquización de derechos. Finalmente, la tutela que otorga es deficiente, porque no contempla como sanción la indemnización de la víctima<sup>111</sup>.

Lo cierto es que, más allá de todas estas falencias, su existencia permite sostener que existe una norma antidiscriminatoria de amplio alcance en el ordenamiento jurídico chileno y que, en lo que aquí interesa, incluye la contratación civil, deviniendo en un límite legal a la autonomía de la voluntad de los contratantes que tipifica el hecho discriminatorio.

43

iii. El art. 8 bis de la Ley n.º 21258,  
que regula el derecho al olvido oncológico

El 13 de febrero de 2024 entró en vigencia la Ley n.º 21656, cuyo artículo único incorporó el art. 8 bis a la Ley n.º 21258, introduciendo el *derecho al olvido oncológico*, con el preciso propósito, según consta en la moción parlamentaria respectiva<sup>112</sup>, de garantizar que las personas que hayan padecido y sobrevivido al cáncer no sufran discriminación financiera una vez que lo hayan superado, entendiéndose que ello ha acontecido transcurridos cinco años de recibida el alta clínica de remisión de la enfermedad<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Se ha sostenido que existen graves problemas con la efectividad de la acción, ya que se ha detectado que es muy excepcional que los tribunales ordenen más que el cese del acto discriminatorio. Un estudio en JENKINS (2020), pp. 211-258.

<sup>111</sup> ARENAS y DAMKE (2022), pp. 109-110. Existen otras críticas procedimentales que refieren a la inexistencia de una regulación expresa respecto de la prueba, además del control de admisibilidad que permite al juez admitir a tramitación demandas que carezcan de fundamento y de la ausencia de un criterio uniforme respecto de la obligatoriedad de la comparencia letrada.

<sup>112</sup> Presentada por los senadores Matías Walker, Ximena Órdenes, José Luis Castro y Francisco Chauán.

<sup>113</sup> Véase Historia de la ley, disponible en [www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/8277/](http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/8277/) [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2025].

Y es que este colectivo vulnerable sufre una serie de desigualdades e injusticias que van limitando el desarrollo de sus proyectos vitales entre las que destacan la carga económica que debieron soportar para costear su enfermedad, las exclusiones sociales que inciden en su capacidad financiera, las exigencias y medidas impuestas por aseguradoras e instituciones financieras para contratar una póliza de seguro de vida, un seguro de salud o para solicitar un crédito hipotecario o un crédito de consumo.

De allí que el art. 8 bis prescriba lo siguiente:

“Derecho de olvido oncológico. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones más onerosas, exclusiones, restricciones o discriminaciones de cualquier otro tipo destinadas a quienes hayan sufrido una patología oncológica antes de la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico, cuando hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior.

Asimismo, se prohíbe la solicitud de información oncológica o la obligación de declarar haber padecido una patología oncológica a la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico, cuando hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Por su parte, una vez transcurrido el plazo de cinco años señalado en el inciso anterior, ningún asegurador podrá considerar la existencia de antecedentes oncológicos para efectos de la contratación del seguro.

Serán nulas las cláusulas de renuncia a lo establecido en el presente artículo y su incumplimiento dará lugar a las denuncias y acciones correspondientes, destinadas a quien incurra en esta infracción, a anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, a obtener la prestación de la obligación incumplida, a hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de la persona afectada, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda, sujetándose para estos efectos al procedimiento establecido en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores”<sup>114</sup>.

Lo cierto es que una detenida lectura del referido art. 8 bis permite advertir que el ámbito de aplicación del derecho al olvido oncológico parece exceder al consumidor y proyectarse a la contratación en general, ya que,

<sup>114</sup> Chile es el primer país latinoamericano en aprobar una ley que incorpora el derecho al olvido. Iniciativas similares adoptaron en su época Francia el 2016, Bélgica el 2019, Luxemburgo y Países Bajos el 2020, Portugal el 2021 y España el año 2023. Un análisis de estas regulaciones extranjeras en TORRELLES (2024).

por un lado, alude a un contrato o negocio jurídico (de modo que no se constriñe en forma exclusiva a uno de consumo) y, por otro, procede respecto de productos financieros a los que ciertamente se aplica la LPC, pero también a los seguros de salud, expresamente excluidos de la LPC, según lo prescribe el art. 2 letra f). Se trataría, por consiguiente, de una norma antidiscriminatoria contractual de amplio espectro que se aviene con las dos ya examinadas.

Pues bien, todas las regulaciones referidas, esto es, los arts. 19 n.º 2 y n.º 3 de la *CPR*, la Ley n.º 20609, que establece medidas contra la discriminación y el art. 8 bis de la Ley n.º 21258, que crea la Ley Nacional del Cáncer revelan un límite indiscutido a la libertad contractual cuyo origen se encuentra en la ley, como acontece tratándose del contrato forzoso, del contrato dirigido y del contrato de adhesión. Y la interpretación armónica de todas ellas permite asentar que el derecho de contratos debe hacerse cargo de la tutela del contratante discriminado, tal como ha ocurrido en las últimas décadas tratándose del contratante vulnerable en el derecho extranjero<sup>115</sup> y, en menor medida, en el nacional<sup>116</sup> y que la discriminación arbitraria constituye, al igual que la vulnerabilidad, una categoría especialmente tutelable<sup>117</sup>, dado que constituye un límite legal a la libertad contractual en el derecho chileno.

Ambas constataciones son relevantes, dado que no solo tienen una importancia teórica evidente, sino, también, práctica, ya que exigen determinar las consecuencias derivadas de la infracción del principio de discriminación arbitraria en el derecho común de contratos, esto es, la tutela contractual que debe dispensársele al contratante discriminado e indagar su procedencia en el derecho chileno para articular su tutela, cuestión que excede el ámbito de esta investigación y que, por lo mismo, se explorará detenidamente en una próxima ocasión.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto en los párrafos precedentes es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. El principio de no discriminación arbitraria en sede contractual puede concebirse como aquella directriz que exige no excluir al otro negociante o contratante de la negociación, de la celebración o del contenido o la ejecución de un contrato, según en el caso, por razones

<sup>115</sup> Una visión panorámica en DE LA MAZA-LÓPEZ (2023), pp. 29-59.

<sup>116</sup> Una síntesis en LÓPEZ (2022a), pp. 340-415 y LÓPEZ (2023a), pp. 124-144.

<sup>117</sup> Extrapolándose el modelo de derecho de contratos civiles al del derecho de consumo como lo sugiere MOMBORG (2016), pp. 737-756.

que carezcan de una justificación razonable, imponiendo una obligación de no discriminar (contenido negativo), así como la adopción de todas las medidas encaminadas a alcanzar una igualdad sustantiva con el otro negociante o contratante (contenido positivo), perfilándose como un límite a la libertad contractual.

2. En los ordenamientos jurídicos en que este principio está expresamente consagrado en el derecho común de contratos, como en el español, su procedencia es indiscutible. En aquellos en que no lo está, como sucede en el derecho chileno, existen tres posibles alternativas de justificación para incardinar dicho principio:
  - i) recurrir a la eficacia horizontal de las garantías fundamentales y a la constitucionalización del derecho privado,
  - ii) concebir a la discriminación no arbitraria como manifestación de la dignidad humana y
  - iii) perfilar dicha discriminación como un límite a la libertad contractual establecido por ley, siendo esta última más propia del derecho civil.
3. El límite a la libertad contractual está determinado por el hecho discriminatorio, esto es, todo comportamiento capaz de generar discriminación en razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad, situación socioeconómica o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que sea vejatorio o insoportable por implicar renunciaciones inadmisibles a los derechos del sujeto afectado o a su dignidad como persona, comprendiendo en él supuestos de discriminación directa, de discriminación indirecta, realizados a través de acto declarativo y no declarativo.
4. La utilidad de situar al principio de no discriminación arbitraria en sede contractual es doble, pues permite en ampliar y optimizar la tutela del discriminado. Ampliarla, dado que no solo tendrá a su disposición la tutela inhibitoria y la resarcitoria, sino también, la nulidad del contrato, su adaptación, la imposición de la obligación de contratar, la resolución del contrato y la suspensión del propio cumplimiento en caso que la discriminación arbitraria conlleve un incumplimiento. Y optimizarla, porque la tutela extracontractual, esto es, la cesación o suspensión del acto, las medidas correctivas o de remoción de los efectos de dicho acto, la retractación, excusas o disculpas públicas y la publicación de la sentencia no logran satisfacer su interés de celebrar el contrato del que ha sido excluido.
5. Una revisión del ordenamiento jurídico chileno evidencia que una interpretación armónica del art. 19 n.º 2 y n.º 3 de la *CPR*, de la Ley n.º 20609, que establece medidas contra la discriminación y del art. 8

bis de la Ley n.º 21258, que regula el derecho al olvido oncológico, permiten incardinar el principio de no discriminación arbitraria en el derecho común de contratos chileno y perfilarlo como un límite a la libertad contractual de origen legal que se proyecta durante todo el *iter* contractual, esto es, durante la negociación, la celebración o la ejecución del contrato en lo que refiere a la elección del otro contratante y a su contenido y cuya inobservancia requiere comenzar a articular la tutela contractual que debe dispensarse al contratante discriminado en el derecho común de contratos chileno.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILERA RULL, Ariadna (2009). “Prohibición de discriminación y libertad contractual”. *Indret*, n.º 1. Disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/618\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/618_es.pdf) [fecha de consulta: 18 de octubre de 2024].
- AGUILERA RULL, Ariadna (2013). *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- ALEXY, Robert (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. (trad.) Carlos BERNAL PULIDO. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús (1993). “Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1. Disponible en [www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122](http://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122) [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2024].
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.
- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy (2023). “La noción de los derechos de la responsabilidad en el derecho contemporáneo: vigencia, justificación y su vinculación con nociones relacionadas”, en Rommy ÁLVAREZ y Pamela LÓPEZ, *Derechos de la personalidad, derechos fundamentales y responsabilidad civil. Cuestiones relevantes*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2017). *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- ALVEAR, Julio (2019). “Cuando el consumidor abusa...”. Disponible en [www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/12/20/Cuando-el-consumidor-abusa.aspx](http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/12/20/Cuando-el-consumidor-abusa.aspx) [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2024].
- ANERSON, Richard (2006), “*What is Wrongful Discrimination*”. *San Diego Law Review*, vol. 43, No. 4. San Diego.
- ARENAS PAREDES, Jessica y Karen DAMKE CALDERÓN (2022). *Ley antidiscriminación, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial*. Santiago: DER Ediciones.
- BARAT RUBIO, Roger (2022): “La nulidad por discriminación en el contrato”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 16. Disponible en [www.revista-aji.com/wp-con](http://www.revista-aji.com/wp-con)

- tent/uploads/2022/04/21.-Roger-Barat-510-527.pdf [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2024].
- BARAK, Aharon (2024). *La dignidad humana como valor y como derecho constitucional*. Lima: Editorial Palestra.
- BARBA, Vincenzo (2023). *Principio de no discriminación y contrato*. Madrid: Editorial Colex.
- BARCELÓ COMPTE, Rosa (2019). *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2024). “Comentarios al artículo 3 inciso primero letra c)”, en Francisca BARRIENTOS, Iñigo DE LA MAZA, Carlos PIZARRO (dirs.). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. 2ª ed. ampliada y actualizada. Santiago: Editorial Thomson Reuters, tomo I.
- BELADIEZ ROJO, Margarita (2017). “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21. Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (1990), “Principio de igualdad y derecho privado”. *Anuario de Derecho Civil*, n.º 43, fascículo 2. Disponible en [www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1990-20036900428](http://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1990-20036900428) [fecha de consulta: 22 de octubre de 2024].
- BILBAO UBILLOS, Juan María (2006). “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 18. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2173286> [fecha de consulta: 20 de octubre de 2024].
- CÁNDANO PÉREZ, Mabel y Regina Ingrid DÍAZ TOLOSA (eds.) (2022). *Igualdad y no discriminación: protección jurídica de minorías y grupos sujetos a vulnerabilidad*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- CAÑETE DUARTE, Rossana (2023). “¿Normas antidiscriminatorias en el derecho de consumo? La necesidad de una mirada con enfoque de derechos humanos”, en Francisca BARRIENTOS y Camilo SANTELICES (dirs.). *Estudios de Derecho del Consumidor V. XI Jornadas Nacionales de Derecho de consumo Universidad Alberto Hurtado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele (2013). *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo y Ricardo REVECO URZÚA (2018). *Remedios contractuales*. Santiago: Thomson Reuters.
- CAUMONT, Arturo (2021). “Ensayo sobre la recepción constitucional en Uruguay de las tres consignas de la Revolución francesa, concretadas en principios fundamentales de Derecho contractual”, en Leonardo PÉREZ y Marcelo AMORÍN (coords.), *El derecho contractual en clave constitucional*. Santiago: Ediciones Olejnik.

- CHAUÁN, Felipe y Beltrán FLORES (2021). “Deberes de no discriminar en el derecho privado”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, número temático. Disponible en [www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722021000300217](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722021000300217) [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2024].
- CHECCHINI, Bianca (2019). *Discriminazione contrattuale e dignità de la persona, Studio di Diritto Privato*. Torino: Giappichelli editore.
- CHEREDNYCHENKO, Olha (2010). “Fundamental rights, Policy Issues and the DCFR for European Private Law”. *European Review of Contract Law*, vol. 6, No. 1. Berlin.
- CIANCIMINO, Michele (2018). “La discriminazione contrattuale: profili rilevanti per la tutela della persona. Note a margine di un recente dibattito dottrinale”, *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, anno XLVII, fascicolo 2. Milano.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”. *Derecho Mayor*, n.º 3. Disponible en <https://corraltalciani.blog/wp-content/uploads/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf> [fecha de consulta: 21 de octubre de 2024].
- CORNEJO, María (2014). “El concepto de dignidad y el derecho civil de la persona”, en Mauricio TAPIA, María Paz GATICA y Javiera VERDUGO (coords.), *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Gonzalo Figueroa Yáñez*. Santiago: LegalPublishing/Thomson Reuters.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2010). “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 34. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n34/a02.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n34/a02.pdf) [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2024].
- DE LA MAZA, Iñigo (2018). “El error en la oferta como un problema de asignación de riesgos”. Disponible en [www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/02/12/El-error-en-la-oferta-como-un-problema-de-asignacion-de-riesgos.aspx](http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/02/12/El-error-en-la-oferta-como-un-problema-de-asignacion-de-riesgos.aspx) [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y Álvaro VIDAL OLIVARES (2018). *Cuestiones de derechos de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y Patricia LÓPEZ DÍAZ (2021). “La publicidad errónea: ¿un problema de excusabilidad del proveedor o de reconocibilidad del consumidor? *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 36. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rchdp/n36/0718-8072-rchdp-36-0009.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n36/0718-8072-rchdp-36-0009.pdf) [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2024].
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y Patricia LÓPEZ DÍAZ (2023). “La ventaja injusta y su incardinación en el derecho chileno de contratos”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 50, n.º 3. Disponible en <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/74179> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2013). “¿Es la ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación? *Actualidad Jurídica*, n.º 28. Disponible en <https://>

- derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ28\_279.pdf [fecha de consulta: 14 de diciembre de 2024].
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2014). “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 42. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n42/a05.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n42/a05.pdf) [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2024].
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2017). “Cuatro años de la ley Zamudio: análisis crítico de su jurisprudencia”. *Estudios Constitucionales*, vol. 15, n.º 2. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/estconst/v15n2/0718-5200-estconst-15-02-00447.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v15n2/0718-5200-estconst-15-02-00447.pdf) [fecha de consulta: 14 de diciembre de 2024].
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1996). “Aspectos de la constitucionalización del Derecho Privado Chileno”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIII, n.º 3. Santiago.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria (2021). “Constitucionalización y contrato en el ordenamiento venezolano”, en Leonardo PÉREZ y Marcelo AMORÍN (coords.), *El derecho contractual en clave constitucional*. Santiago: Ediciones Olejnik.
- EPSTEIN, Richard A. (1995). “The Harm Principle - And How It Grew”. *The University of Toronto Law Journal*, vol. 45, No. 4. Toronto.
- FAVILLI, Chiara (2008). *La non discriminazione nell'Unione europea*. Bologna: Il Mulino.
- FERNÁNDEZ ORTEGA, Felipe (2023). “Las limitaciones en la contratación basadas en exigencias sanitarias como casos de discriminación no arbitraria”, en Francisca BARRIENTOS y Camilo SANTELICES (dirs.). *Estudios de derecho del consumidor V. XI Jornadas Nacionales de Derecho de Consumo Universidad Alberto Hurtado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRAJOLI, Luigi (2007). “Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea”, en Alfredo GALASSO (coord.), *Il principio di eguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto della diversità*. Milano: Franco Angeli.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y Alberto PINO EMHART (2022). “La dignidad humana en el derecho privado. Una lectura desde el concepto de dignidad como estatus”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 43. Disponible en [www.scielo.org.co/pdf/rdp/n43/0123-4366-rdp-43-45.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n43/0123-4366-rdp-43-45.pdf) [fecha de consulta: 13 de diciembre de 2024].
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007). “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en Robert ALEXYS *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*. 2ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2002). “La eficacia ‘inter privados’ (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales”, en *Libro homenaje a Idefonso Sánchez Mera*. Madrid: Colegios Notariales de España, vol. I.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2007). “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”, en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 21. Madrid.

- GARCÍA RUBIO, María Paz (2011). “La discriminación por razón de sexo en la contratación privada”, en María Paz GARCÍA RUBIO y María del Rosario VALPUESTA, *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2012). “Contratación privada en la propuesta de directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, en Susana NAVAS, *Iguales y diferentes ante el derecho privado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GENTILI, Aurelio (2009). “Il principio di non discriminazione nei rapporti civili”, *Rivista critica del diritto privato*, vol. 27, fascicolo 2. Napoli.
- GIMÉNEZ Costa, Ana (2012). “El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el Marco Común de Referencia”, en Esteve BOSH, *Nuevas perspectivas del derecho contractual*. Barcelona: Bosh.
- GIMÉNEZ Costa, Ana (2017). “Capítulo 2. La no discriminación”, en Antoni VAQUER, Esteve BOSH, María Paz SÁNCHEZ (coords.), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Barcelona: Atelier, tomo I.
- GINÉS CASTELLET, Nuria (2016). “La ventaja o explotación injusta en el futuro? Derecho contractual”, *Indret Privado*, vol. 4. Disponible en <https://indret.com/la-ventaja-o-explotacion-injusta-en-el-futuro-derecho-contractual/> [fecha de consulta: 26 de noviembre de 2024].
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2022). “La protección de la dignidad del consumidor por medio de las reglas de responsabilidad civil”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 58. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n58/0718-6851-rdpucv-58-97.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n58/0718-6851-rdpucv-58-97.pdf) [fecha de consulta: 26 de noviembre de 2024].
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2023). “El ‘arrendamiento abusivo’”, en Carmen DOMÍNGUEZ (dir.), *Estudios de derecho civil XVII*. Santiago: Editorial Thomsom Reuters.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2025). “El principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho privado: una aproximación general y una particularización desde la óptica de la protección de los consumidores”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 44. Disponible en <https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/901/595> [fecha de consulta: 30 de abril de 2025].
- GÓMEZ CALLE, Esther (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- GONZÁLEZ BARRÓN, Gunther Hernán (2021) “El derecho constitucional a la libertad de contratar”, en Leonardo GALLARDO y Marcelo AMORÍN (coords.), *El derecho contractual en clave constitucional*. Santiago: Ediciones Olejnik.
- GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián (2022). “El daño indemnizable por afectación de la dignidad del consumidor”, en Karenn DÍAZ y Hans GUTHRIE (eds.). *Estudios de derecho de consumidor. IX Jornadas Nacionales de Derecho de Consumo*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián (2023): “La protección de la dignidad del consumidor frente a los (defectuosos) sistemas de seguridad y vigilancia de los establecimien-

- tos comerciales”, en Erika ISLER y Felipe FERNÁNDEZ (dirs.), *GPS CONSUMO. Guía Profesional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001). *El derecho privado constitucional en Chile*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- HELLMAN, Deborah & Sophia MOREAU (2013). *Philosophical Foundations of Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press.
- INFANTE RUÍZ, Francisco José (2008). “Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de Derecho Privado Europeo”. *Indret Privado*, n.º 2. Disponible en <https://indret.com/entre-lo-politico-y-lo-academico-un-common-frame-of-reference-de-derecho-privado-europeo/> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].
- INFANTE RUÍZ, Francisco José (2013). “El desarrollo de la prohibición de discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia”. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 30. Madrid.
- ISLER SOTO, Erika (2019a). *Derecho de consumo. Nociones fundamentales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- ISLER SOTO, Erika (2019b). “Una aproximación a las acciones derivadas de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, en María Elisa MORALES (dir.), Pamela MENDOZA (coord.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: DER Ediciones.
- JANA LINETZKY, Andrés (2021). “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CHILE, *Derecho civil y constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JENKINS PENA Y LILLO, Gaspar (2020). “La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva”. *Estudios Constitucionales*, vol. 18, n.º 1. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/estconst/v18n1/0718-5200-estconst-18-01-211.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v18n1/0718-5200-estconst-18-01-211.pdf) [fecha de consulta: 14 de diciembre de 2024].
- KHAITAN, Tarunabh (2015). *A Theory of Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press.
- KOPPELMAN, Andrew (2004). “Should Noncommercial Associations Have an Absolute Right to Discriminate?”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, No. 4. Durham.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luís F.P. (2021). “Libertad de contratación, formal y real (en el derecho argentino), en Leonardo PÉREZ y Marcelo AMORÍN (coords.), *El derecho contractual en clave constitucional*. Santiago: Ediciones Olejnik.
- LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (2006). “Private Discrimination: A Prioritarian, Desert-Accommodating Account”. *San Diego Law Review*. vol. 43, No. 4. San Diego.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2015). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil Chileno*. Santiago: Editorial Thomson Reuters/LegalPublishing.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2017). “La tutela precontractual y contractual del acreedor en el Código Civil chileno: dos sistemas estructuralmente diversos,

- pero, ¿plenamente coherentes y convergentes”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 29. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rchdp/n29/0718-0233-rchdp-29-0009.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n29/0718-0233-rchdp-29-0009.pdf) [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2018). “Por una modulación reequilibradora del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 19.496: su expansión a las tratativas preliminares y al período de prueba del bien o producto y su improcedencia frente al abuso del consumidor”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 244. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/revderudec/v86n244/0718-591X-revderudec-86-244-00091.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v86n244/0718-591X-revderudec-86-244-00091.pdf) [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2024].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2019a). La confianza razonable y su relevancia a propósito de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades contractuales: una aproximación desde la doctrina y jurisprudencia chilena. *Revista Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, n.º 36. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5791/7302> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2019b). “La tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, n.º 2. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rchilder/v46n2/0718-3437-rchilder-46-02-00399.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v46n2/0718-3437-rchilder-46-02-00399.pdf) [fecha de consulta: 13 de diciembre de 2024].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2020). “La autonomía de la indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento de una obligación de dar. Sentencia de la Corte Suprema de 30 de enero de 2020, Rol 8596-2018. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 34. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rchdp/n23/art04.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n23/art04.pdf) [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2024].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2022a). “El consumidor hipervulnerable como débil jurídico en el derecho chileno: una taxonomía y alcance de la tutela aplicable”. *Latin American Legal Studies*, vol. 10, No. 2. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rld/v10n2/0719-9112-rld-10-02-340.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rld/v10n2/0719-9112-rld-10-02-340.pdf) [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2024].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2022b). “La publicidad abusiva como ilícito publicitario en el derecho chileno”, en Patricia LÓPEZ, Iñigo DE LA MAZA, *Ilícitos publicitarios y tutela del consumidor: una propuesta de sistematización desde el derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2023a). “El débil jurídico en el derecho privado chileno: noción, configuración y tipología”. *Ius et Praxis*, año 29, n.º 1. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/iusetp/v29n1/0718-0012-iusetp-29-01-124.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v29n1/0718-0012-iusetp-29-01-124.pdf) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2024].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2023b). “La articulación de un sistema de tutela extracontractual en el derecho chileno y su relevancia en la tutela de la víctima”, en Rommy ÁLVAREZ, Pamela PRADO, Ricardo SAAVEDRA (eds.) *Estudios de derecho privado III, Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*. Valparaíso: EDEVAL.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2024a). “Las prácticas abusivas como un atentado a la dignidad del consumidor: una aproximación y sistematización desde el derecho chileno”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 255. Disponible

- en [http://revistas.udec.cl/index.php/revista\\_de\\_derecho/article/view/13300](http://revistas.udec.cl/index.php/revista_de_derecho/article/view/13300) [fecha de consulta: 7 de diciembre de 2024].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2024b). “Una reflexión a partir de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en ‘Flores y H&M Hennes y Mauritz SPA’”. Disponible en <https://idealex.press/una-reflexion-a-partir-de-la-sentencia-del-caso-flores-y-hm-hennes-y-mauritz-spa-contrato/> [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2024].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2024c). “La vulnerabilidad y la dignidad como categorías especialmente tutelables en los contratos de consumo y en los contratos civiles”, en Carmen DOMÍNGUEZ, María Magdalena BUSTOS, Pamela PRADO, Gian Franco ROSSO (eds.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Hernán Corral Talciani*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y Fabián ELORRIAGA DE BONIS (2017). *Los contratos. Parte general*. Santiago: Thomson Reuters.
- MAFFEIS, Daniele (2007). *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*. Milano: Giuffrè editore.
- MAFFEIS, Daniele, (2008). “Libertá contractuale e divieto di discriminazione”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 62, N° 2. Milano.
- MARTABIT SAGREDO, María José; Kureusa HARÁ SALAZAR, Eduardo REVECO SOTO y Javiera DURAND GONZÁLEZ (2021). *El derecho de la publicidad en Chile*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ MERCADAL, Juan José (2021). “La constitucionalización de la teoría contractual frente a la contratación algorítmica”, en Leonardo PÉREZ y Marcelo AMORÍN (coords.), *El derecho contractual en clave constitucional*. Santiago: Ediciones Olejnik.
- MORESO, Juan José (2007). “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Robert ALEXY *et al.* (coords.) *Derechos sociales y ponderación*. 2ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- MOMBERG Uribe, Rodrigo (2016). “Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de la protección de la parte débil en el derecho privado”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 2. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rchilder/v43n2/art17.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v43n2/art17.pdf) [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2024].
- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2021). “Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil”, *Latin American Legal Studies*, vol. 8. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9351998> [fecha de consulta: 6 de diciembre de 2024].
- NASSER Olea, Marcelo (2024). “Comentarios al artículo 13”, en Francisca BARRIENTOS, Iñigo DE LA MAZA, Carlos PIZARRO (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. 2ª ed. ampliada y actualizada. Santiago: Editorial Thomson Reuters, tomo I.
- NAVAS NAVARRO, Susana (2007). “Negativa a contratar y prohibición de discriminar. Derecho comunitario y Derecho español”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 60, n.º 4. Dis-

- ponible en [www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2007-40161901640](http://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2007-40161901640) [fecha de consulta: 29 de diciembre 2024].
- NAVAS NAVARRO, Susana (2008). “El principio de no discriminación por razón de sexo en el derecho contractual europeo”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fascículo 3. Disponible en [www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2008-30147501490](http://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2008-30147501490) [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2024].
- NAVARRETTA, Emanuela (2014). “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato”. *Revista Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, n.º 27. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3887/4181> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2024].
- NEME VILLAREAL, Martha Lucía (2021). “La prohibición de discriminación contractual: un asunto de dignidad humana, democracia y justicia”. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, n.º 44. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/8328/14457> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2024].
- NEUNER, Jörg (2006). “Protection against discrimination in European Contract Law”. *European Review of Contract Law*, No. 1. Berlin.
- NIPPERDEY, HANS CARL (1961). *Grundrechte und Privatrecht*. Krefeld: Scherpe.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010). “Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina”. *Revista de Derecho Universidad Católica de Uruguay*, n.º 5. Disponible en <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/817?articlesBySimilarityPage=9> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2024].
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (2021). “Perfil constitucional de derecho de contratos. Una visión desde el derecho cubano, en Leonardo PÉREZ y Marcelo AMORÍN PISA (coords.), *El derecho contractual en clave constitucional*. Santiago: Ediciones Olejnik.
- PINO EMHART, Alberto y Sergio GAMONAL CONTRERAS, (2023). “La vulneración de la dignidad humana como causal agravante de responsabilidad civil extracontractual”. *Revista de Derecho de Valdivia*, vol. 36, n.º 2. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/revider/v36n2/0718-0950-revider-36-02-95.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/revider/v36n2/0718-0950-revider-36-02-95.pdf) [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2024].
- PINOCHET, Ruperto (2024). “Los derechos básicos del consumidor del artículo 3 de la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores”, en Erika ISLER y Felipe FERNÁNDEZ (dirs.), *GPS CONSUMO. Guía profesional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel & Benedita MACCRORIE (2008). *Antidiscrimination Rules in European Contract Law, en Grundmann, Stefan, Constitutional Values and European Contract Law*. Kluwer: The Netherland. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2021). “La reparación por violaciones a derechos fundamentales: ¿es necesario un reconocimiento constitucional expreso? Una mirada desde la reparación del daño en la responsabilidad civil”. *Revista Chilena de*

- Derecho Privado*, número temático. Disponible en [www.scielo.cl/pdf/rchdp/ntematico/0718-8072-rchdp-thematic-0059.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/ntematico/0718-8072-rchdp-thematic-0059.pdf) [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2024].
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2024a). “La elección de la parte contratante y el principio de no discriminación: la contribución de la experiencia española al derecho latinoamericano”. *Revista Actualidad Civil*, núm. 7-8. Madrid.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2024b). “El principio de no discriminación arbitraria en la elección del otro contratante en el derecho chileno: algunas reflexiones”, en Carmen DOMÍNGUEZ, María Magdalena BUSTOS, Pamela PRADO, Gian Franco ROSSO (eds.). *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Hernán Corral Talciani*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2012). “El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el derecho español”, en Susana NAVAS, *Iguales y diferentes ante el derecho privado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RIZIK MULET, Lucía (2020). “Aproximación jurídica a la publicidad comercial discriminatoria. Especial referencia a la publicidad sexista,” en Lucía RIZIK (comp.), *Cuestiones actuales del derecho privado. Actas de las Primeras Jornadas de Profesoras de Derecho Privado*. Santiago: Editorial Tirant lo Blanch.
- SCHULZE, Reinhardt (2011). *Non-discrimination in European Private Law*. Mohr Siebeck: Tübingen.
- SCHIEK, Dagmar (2012). “European Union non discrimination-law: a multidimensional perspective”, en Susana NAVAS, *Iguales y diferentes ante el derecho privado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2021). “Dignidad humana en el derecho civil”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE, *Derecho civil y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TOMASSI, Sara (2011). “La non discriminazione nel Draft Common Frame of Reference”, *Revista Critica di Diritto Privado*. vol. 1, Napoli.
- TORRELLAS TORREA, Esther (2024). *El derecho al olvido oncológico*. Barcelona: Editorial Atelier.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda y Gloria VARGAS ALMONACID (2021). “Sobre la constitucionalización del derecho privado y la acción de protección como mecanismos tutelares de la intangibilidad de los contratos”, en Leonardo GALLARDO y Marcelo AMORIN (coords.), *El derecho contractual en clave constitucional*. Santiago: Ediciones Olejnik.
- VERA BELTRÁN, Hugo Andrés (2024). “Comentarios al artículo 13”, en Francisca BARRIENTOS, Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. 2ª ed. ampliada y actualizada. Santiago: Editorial Thomson Reuters, tomo I.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Angela (2021). *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la carta fundamental de 1980*. 3ª ed. actualizada. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo II.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2021). “El derecho contractual antidiscriminatorio: *drittwerking* y libertad negocial”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n.º 1. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5976> [fecha de consulta: 3 de enero de 2025].

WALDRON, Jeremy (2013). “Citizenship and Dignity”, in Christopher MCCRUDDEN, *Understanding Human Dignity*. Oxford: Oxford University Press.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima (2019): *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de renovación del derecho contractual*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

<i>al.</i>	<i>alii</i>	
ANID	Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo	
art.	artículo	
arts.	artículos	
<i>CchEP</i>	<i>Código Chileno de Ética Publicitaria</i>	
CE	Comunidad Europea	
comp.	compiladora	
CONAR	Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria	57
<i>CPR</i>	<i>Constitución Política de la República</i>	
coord.	coordinador <i>a veces</i> coordinadora	
coords.	coordinadores	
DCFR	Draft Common Frame of Reference	
dir.	directora	
dirs.	directores	
DOI	Digital Object Identifier	
ed.	edición	
eds.	editores	
EDEVAL	Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso	
FONDECYT	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico	
http	hypertext transfer protocol	
https	hypertext transfer protocol secure	
LPC	Ley n.º 19496 sobre protección de los derechos de los consumidores	
n.º <i>a veces</i> núm., Nº	número	
No.	number	
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>	
ORCID	Open Researcher and Contributor ID	

p.	página
PME	Propuesta de modernización de obligaciones y contratos española
pp.	páginas
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor
ss.	siguientes
trad.	traducción
UTM	unidad tributaria mensual
vol.	volumen
www	World Wide Web