

EL DERECHO CIVIL EN EL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE

HERNÁN CORRAL TALCIANI*

Universidad de los Andes, Santiago de Chile, Chile

Recibido: 27 de junio del 2021 / Aceptado: 3 de noviembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.5254>

RESUMEN. El proceso constituyente en Chile se basa en un acuerdo de las principales fuerzas políticas del Congreso, traducido luego en una reforma a la Constitución vigente, que establece un marco regulado para que una Convención Constitucional pueda elaborar una nueva carta fundamental. Se analizan las instituciones y las normas de derecho civil que están mencionadas en la Constitución actual y luego se trazan algunas perspectivas de lo que podría ser la recepción del derecho civil en la nueva Constitución, partiendo de la base de lo que se señala en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile, así como otras constituciones de naciones cultural y jurídicamente próximas a la sociedad chilena.

PALABRAS CLAVE: proceso constituyente / Chile / nueva Constitución

CIVIL LAW IN THE CONSTITUTIONAL PROCESS IN CHILE

ABSTRACT. The constituent process in Chile is based on an agreement of the main political forces in Congress, later translated into an amendment to the current Constitution, which establishes a regulated framework so that a Constitutional Convention can develop a new Fundamental Charter. The institutions and norms of civil law that are currently mentioned in the current Constitution are analyzed and then some perspectives are given of what could be the reception of civil law in the new Constitution, based on what is indicated in the treaties ratified by the State of Chile, as well as other Constitutions of cultural and legal nations close to Chilean society.

KEYWORDS: Constituent process / Chile / new Constitution

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). ORCID 0000-0001-5315-1484. Dirección postal: avenida Monseñor Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes. Correo electrónico: hcorral@uandes.cl.

1. UNA BREVE DESCRIPCIÓN DEL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO

En las primeras semanas de octubre del 2019, estudiantes comenzaron a entrar a la fuerza a las estaciones del metro en protesta por el alza de los pasajes en treinta pesos. Lo hacían saltando los torniquetes. Este movimiento fue tomando fuerza hasta que en la noche del 19 de octubre se vandalizaron e incendiaron simultáneamente más de veinte estaciones del metro de Santiago, a lo que siguieron manifestaciones y marchas pacíficas, pero también hechos de alta violencia (saqueos de supermercados, destrucción de semáforos, de paraderos de micros, casetas de peaje) tanto en la capital como en las regiones. El Gobierno de Sebastián Piñera decretó estado de emergencia e hizo salir a personal de las Fuerzas Armadas ante la imposibilidad de Carabineros de controlar el orden público. Entre tanto, Carabineros al verse sobrepasado utilizó escopetas antidisturbios que dejaron a muchos de los manifestantes lesionados en sus ojos, por lo que se acusó al Gobierno de violaciones masivas a los derechos humanos. La tensión no disminuía y en las noches había protestas mediante el ruido de cacerolas y ollas. Mientras el Partido Comunista llamaba a destituir al presidente, los partidos de la oposición justificaban o no condenaban la violencia pensando en que ellos sabrían recoger el clamor ciudadano.

Los reclamos eran muy diversos: las bajas pensiones, la desigualdad social y económica, los abusos empresariales, los bajos salarios, el endeudamiento de las familias, el crédito con aval del Estado de estudios universitarios, el reconocimiento de los pueblos originarios, la violencia contra las mujeres, etcétera. Curiosamente en las marchas masivas que convocaron más de un millón de personas en la plaza Italia, rebautizada como plaza Dignidad, no había banderas de partidos políticos y más bien sus personeros fueron rechazados cuando pretendieron integrarse a las manifestaciones.

En las primeras semanas de noviembre del 2019, y dado que las manifestaciones violentas no parecían amainar y que el Gobierno no tenía con quién conversar ya que el movimiento era absolutamente desarticulado, se vio en la disyuntiva de volver a sacar a las calles a los militares o propiciar un acuerdo entre los parlamentarios para encauzar institucionalmente la protesta, que ya se mostraba incontenible. Durante la madrugada del 15 de noviembre y después de frenéticas negociaciones se firmó entre la mayor parte de las fuerzas políticas con representación en el Congreso lo que se llamó el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, en el que figuran ya las líneas gruesas del proceso¹.

1 El acuerdo fue firmado por dirigentes del Partido Demócrata Cristiano, Partido Socialista, Unión Demócrata Independiente, Revolución Democrática, Partido por la Democracia, Renovación Nacional, Partido Liberal, Evolución Política, Comunes y Partido Radical, además de Gabriel Boric, que representaba a Convergencia Social, pero luego fue desautorizado y terminó firmando a título personal. Se restaron el Partido Comunista, el Partido Progresista y el Frente Regionalista Verde Social.

Siguiendo esas líneas se reformó la Constitución para cambiar el capítulo de reforma e incorporar allí la regulación del proceso para aprobar una nueva Constitución. La reforma fue aprobada como Ley 21.200, publicada en el *Diario Oficial* el 24 de diciembre del 2019, e incorporó los artículos 130 a 139 para reglamentar el procedimiento para elaborar una nueva Constitución.

El proceso consistía básicamente en un plebiscito de entrada en el que se preguntaba a la ciudadanía si estaba o no de acuerdo con que se elaborara una nueva Constitución y luego si ello debía ser en una Convención Constitucional enteramente elegida o mixta, es decir, con participación de parlamentarios. Si se aprobaba este plebiscito, debía llamarse a elecciones de constitucionales constituyentes bajo las reglas de la elección de diputados. Hecha la elección, el presidente debía dictar un decreto de instalación y fijar el lugar de sesiones de la convención. La convención debía aprobar por dos tercios su reglamento y elegir, por mayoría absoluta, un presidente y un vicepresidente. Tenía un plazo de nueve meses desde la instalación, prorrogable por única vez hasta por tres meses. Las normas de la nueva Constitución debían ser aprobadas por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. Una vez aprobada la propuesta o vencido el plazo, la convención se disolvería de pleno derecho.

Una vez comunicado al presidente que la convención había aprobado una propuesta de texto de nueva Constitución, el presidente por decreto convocaría a plebiscito nacional para que la ciudadanía se pronunciara respecto a si aprobaba o rechazaba el texto propuesto. En este "plebiscito de salida" el voto sería obligatorio. Si en el plebiscito se aprobaba el nuevo texto, el presidente debía convocar al Congreso pleno y promulgar la nueva Constitución Política de la República, que debía publicarse en el *Diario Oficial* en el plazo de diez días. Desde la fecha de publicación entraría en vigencia y quedaría derogada la Constitución actual.

Todo este proceso fue interrumpido por la pandemia del coronavirus, ya que el plebiscito de entrada había sido fijado para el 26 de abril del 2020. Tuvo que ser prorrogado para el 25 de octubre de ese año y se llevó a efecto con un resultado a favor de la elaborar una nueva Constitución y como órgano encargado de redactarla una Convención Constitucional enteramente elegida. Para esta convención se dispuso que serían 155 miembros elegidos con las reglas aplicables a los diputados, pero se estableció que habría paridad de hombres y mujeres y escaños reservados para los pueblos originarios. Además, se permitió que los independientes hicieran listas para aprovechar los votos de sus compañeros.

Estas elecciones, por la pandemia, se realizaron en dos días: el sábado 15 y el domingo 16 de mayo del 2021. Los partidos políticos sufrieron una fuerte derrota y hubo un triunfo para listas de independientes, pero ningún sector político obtuvo el tercio que hubiera permitido vetar algún contenido.

En estos momentos, se están analizando los resultados en el Tribunal Calificador de Elecciones y, una vez proclamados, el presidente deberá dictar el decreto de instalación, tras el cual se convocará a la primera sesión².

En todo caso, se trata de un proceso regulado en cuanto a los *quorum*, con procedimiento de reclamación ante una comisión de la Corte Suprema y con límites. Los principales están en el inciso final del artículo 135 de la Constitución:

El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

2. EL DERECHO CIVIL EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN

La actual Constitución contiene varias disposiciones que pueden considerarse como fundamentos de instituciones y reglas del derecho civil.

Así, la dignidad e igualdad de la persona (artículo 1), el derecho a la vida incluida la protección de la vida del que está por nacer, el derecho a la honra, a la vida privada y a la protección de los datos personales (esto por la Ley de Reforma Constitucional 21.096, del 2018), la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, así como la igualdad entre hombres y mujeres. Las personas jurídicas aparecen en el derecho de asociación al señalarse que las asociaciones, para gozar de personalidad jurídica, deben organizarse conforme a la ley (artículo 19, número 16).

En lo referido a bienes y derechos reales, se consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clases de bienes, salvo los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y los que deban pertenecer a la nación toda y una ley lo declare así (artículo 19, número 23), así como el derecho de propiedad de bienes corporales e incorporales, si bien se reconoce que puede estar afecto a limitaciones derivadas de la función social y que esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Pero la privación de la propiedad o de algunos de sus atributos esenciales solo puede hacerse por ley por causa de utilidad pública o interés nacional y previa indemnización del daño patrimonial efectivamente causado. Se establece el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas por parte

2 Cuando se escribía este artículo, el Tribunal Calificador de Elecciones dictó sentencia proclamando a los 155 convencionales constituyentes electos y la dio a conocer al presidente de la república en la ceremonia del 18 de junio del 2021. El presidente, por Decreto Supremo Exento 1684, del 20 de junio del 2021 (Diario Oficial del 22 de junio del 2021), convocó a la primera sesión de instalación para el domingo 4 de julio del 2021 a las 10:00 horas en el edificio antiguo del Congreso Nacional en Santiago.

del Estado, sin perjuicio de que pueden darse concesiones a particulares que serán protegidas también por la propiedad. Se dispone que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad con la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos (artículo 19, número 24). De manera separada se garantiza el derecho de propiedad intelectual, distinguiendo el derecho de autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas y la propiedad industrial sobre las patentes de invención, las marcas comerciales, los modelos, los procesos tecnológicos u otras creaciones análogas (artículo 19, número 25).

En materia de contratos y obligaciones, hay menos menciones; pero, en general, se señala que los derechos contractuales estarían protegidos por la garantía de la propiedad de bienes incorporeales (artículo 19, número 24) y que el principio de autonomía privada estaría contenido en el derecho a la libre iniciativa en materia económica (artículo 19, número 21). En materia de responsabilidad civil se ha señalado que en el derecho a la integridad psíquica podría fundarse la indemnización del daño moral (artículo 19, número 1).

En lo referido a la familia, se indica que es el núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado debe protegerla y propender a su fortalecimiento (artículo 1), así como que los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos y de escoger el establecimiento educacional para ellos (artículo 19, números 10 y 11).

Respecto al derecho civil de sucesiones no existen menciones y, en general, se ha señalado que la libertad de testar estaría contenida en la facultad de disposición que se reconoce al dominio y que las asignaciones forzosas pueden ser incluidas como limitaciones derivadas de la función social.

Debe indicarse que ya anteriormente se ha escrito sobre esta constitucionalización del derecho civil chileno (Domínguez, 1996, p. 107 y ss.; Rioseco, 1996; Corral, 2014, p. 1 y ss.) e incluso se ha acuñado la expresión derecho privado constitucional (Guzmán, 2001), aunque se ha hablado también de que esta constitucionalización ha contribuido a la vulgarización del derecho por parte de la jurisprudencia (Correa, 2005, p. 161 y ss.).

3. PERSPECTIVAS SOBRE EL DERECHO CIVIL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Hasta ahora lo único que existe es incertidumbre sobre el contenido de la nueva Constitución y, salvo los límites expresos que se señalan en la normativa constitucional, lo único que sabemos es que se mantendrá el régimen republicano, la democracia, la independencia de los tribunales de justicia y los derechos e instituciones contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile.

De esto último podríamos avizorar algunos contenidos de derecho civil que podrían contenerse en el nuevo texto.

a. Persona y derechos de la personalidad

Parece claro que se mantendrá la apelación a la dignidad de todo ser humano como fundamento de los derechos fundamentales y de la sociedad, aunque quizá haya que cambiar el actual texto del artículo 1, que se refiere a que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, por uno que señale que todos los seres humanos “son” libres e iguales en dignidad y derechos, y luego acoger una norma como la del artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Es decir, se reconoce que todo ser humano desde que existe como tal hasta su muerte natural debe ser tratado y reconocido como persona. En esto la Convención Americana contiene el mismo concepto, pero con una formulación un tanto más rebuscada; así, el artículo 3 dispone que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, con lo que parece decir una obviedad, pero esto luego se aclara cuando se lee el artículo 1.2, que dispone que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, con lo que se llega a la misma conclusión de que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Por cierto, de esta declaración se desprenderán derechos y fundamentalmente el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la libertad de conciencia y de expresión, y otros derechos de carácter tradicional. También se desprenderá la igualdad ante la ley, que debiera ser enfatizada respecto a hombres y mujeres, propiciando la inclusión política, social, profesional y laboral de estas últimas mediante medidas efectivas, lo que daría cumplimiento a la Convención contra todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

También debieran mencionarse grupos de personas merecedores de una protección más específica de la sociedad, como los integrantes de los pueblos originarios, las personas con discapacidad y los adultos mayores.

Un anhelo que han expresado ciertos sectores es consagrar derechos sociales universales con garantías de cumplimiento, como el derecho a la educación, a la salud, a pensiones dignas, a un medioambiente sano y sustentable, a una justa remuneración, al trabajo, a la vivienda, etcétera. Muchos quieren que sean los jueces los que controlen la satisfacción de estos derechos, pero no advierten que ello va contra el principio de igualdad, ya que cada juez solo resuelve un caso particular y no puede establecer políticas públicas de aplicación general y menos aún tiene conciencia del gasto que representa el ordenar al Estado, por ejemplo, que proporcione una vivienda digna al que alega que no la puede obtener por sí mismo. En Chile, el recurso de protección (amparo de otros derechos) ya se ha utilizado para que las cortes intervengan de manera ilegal en la provisión de recursos públicos. Hace unos meses la Corte Suprema dispuso que la municipalidad, de un lugar que sufre escasez de recursos hídricos, debía proporcionar

cien litros de agua a cada habitante de una comuna y ordenó a la administración que proporcionara los recursos suficientes para lograr ese objetivo (Ximena Ailyn Gallardo Castro con Anglo American Sur S. A., Corte Suprema, 18 enero del 2021, rol 72.198-2020³).

Nos parece que estos derechos sociales no pueden quedar bajo el control de los jueces, sino del legislador y solo si la ley no se cumple podrá recurrirse a los jueces. Además, en esto también pueden ayudar los tratados internacionales que establecen estos derechos como metas que orientan la acción del Estado y cuya satisfacción depende del crecimiento económico y de la disponibilidad de los recursos del erario nacional. Se trata por lo tanto de adoptar el principio de progresividad en el alcance de estos derechos sociales mínimos, que se plasma en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo. (artículo 16.1)⁴

Respecto a los derechos de la personalidad, sin duda el más importante es el derecho a la vida, que dará lugar a tres discusiones: la legalización del aborto, de la eutanasia y de la pena de muerte. Sobre lo primero, se ha sostenido que sería lo mejor mantener la fórmula que rige actualmente, que supuestamente diferenciaría entre el derecho a la vida de los nacidos y la protección de la vida del que está por nacer como un bien jurídico, pero no como un derecho. Cuestionamos esta interpretación de la norma, por lo que pensamos que debería consagrarse expresamente que el concebido sí tiene derecho a la vida. Nuevamente podemos recurrir a la Convención Americana y colocar una norma como la siguiente: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (artículo 4.1). También podría imitarse a la Constitución peruana, que establece que “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (artículo 2.1).

Sobre la eutanasia, quizá debería señalarse que se protege el derecho a morir naturalmente sin ser sometido a tratamientos médicos extraordinarios o desproporcionados, así como el derecho a contar con los cuidados paliativos que aminoren o supriman el dolor. El suicidio asistido o eutanásico debiera ser prohibido constitucionalmente, ya que el derecho a la vida ha de ser considerado indisponible y por ello irrenunciable, justamente para proteger a los enfermos terminales y los ancianos que puedan sentirse presionados para acceder a que se les mate por el solo hecho de que el suicidio asistido sea un derecho legal.

3 Un comentario crítico a la sentencia en Vergara (2021).

4 Sobre el neoconstitucionalismo y el activismo judicial, puede verse a Aldunate (2010, p. 79 y ss.); Corral (2018, p. 1 y ss.) [nota al pie del autor].

Por lo mismo, debiera cambiarse la norma sobre la pena de muerte que sujeta su aprobación a una ley de *quorum* calificado. Siguiendo a la Convención Americana, debería proscribirse la pena de muerte por inhumana y contraria al derecho a la vida. Tal vez pueda replicarse lo que señala la Constitución española: “Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra” (artículo 15), lo que dejaría a salvo la pena de muerte que hoy día sigue vigente en el Código de Justicia Militar por actos gravísimos en tiempo de guerra.

Sobre otros derechos de la personalidad debiera reforzarse el derecho a la honra y a la vida privada de la persona y de su familia, añadiendo el derecho a la voz y a la imagen, el derecho a la identidad moral y genética y la inviolabilidad de la estructura neuronal (neuroderechos). Una mención aparte merecería el derecho al control de la información personal y el derecho a suprimir datos que, siendo verídicos, han perdido actualidad o interés público (derecho al olvido).

No obstante, la Constitución también debería imponer ciertos deberes a las personas, como lo plantea la Declaración Universal:

Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Quizá aquí podría considerarse la responsabilidad por daño injusto, en el sentido de que todo el que daña a otro de manera injusta y dolosa o negligentemente estará obligado a repararlo. También podría ponerse una cláusula constitucional que excluya el ejercicio abusivo de los derechos, salvo que la ley impida dicho control. En este sentido, podría tomarse como modelo lo que señala la Constitución colombiana respecto a que es un deber de toda persona “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” (artículo 95.1).

b. Bienes y derechos reales

En lo referido a los derechos reales, sin duda un tema fundamental será el derecho a la propiedad y la propiedad del Estado sobre los recursos naturales. En lo primero se debería quizá añadir que la falta de recursos económicos de las personas no debe ser obstáculo para acceder a la propiedad de bienes básicos y esenciales como los alimentos, el vestuario y un techo donde alojarse.

La discusión mayor se dará sobre el derecho de propiedad, ya que este aparece tremendamente reforzado en la Constitución vigente hasta el punto de que muchos

señalan que se trataría de un “supraderecho” al cual los demás quedan subordinados. La verdad, este reforzamiento se entiende por el contexto histórico en que se redactó la Constitución de 1980 y que fue el trauma de las expropiaciones producto de las reformas agrarias y luego las requisiciones de empresas y las nacionalizaciones de bancos durante el gobierno de la Unidad Popular.

Pensamos que debería mantenerse y quizá ampliarse el límite de la función social que permite que mediante ley se restrinja el derecho de propiedad, aunque debería señalarse que el Estado podrá indemnizar esas limitaciones si son especialmente gravosas y si su costo recae solo sobre una o más personas vulnerándose el principio de igualdad de las cargas públicas.

La privación de la propiedad o de sus atributos esenciales debe ser objeto de expropiación con indemnización previa y pagada al contado. En este sentido, sería interesante reflejar con ciertos añadidos lo que señala la Convención Americana: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (artículo 21.2).

No creemos que haya discusión sobre la propiedad del Estado sobre los minerales y lo que se ha dado en llamar la gran minería del cobre, actualmente explotada por una empresa estatal (Codelco). Por lo mismo, no habrá problemas con declarar expresamente que las aguas terrestres son un bien nacional de uso público. Lo que sí suscitará debate es sobre si se aplicará a los derechos de concesión que se atribuye a los particulares la garantía de la propiedad, ya que hay muchos que sostienen que los privados han abusado de esos derechos para impedir la explotación de yacimientos mineros o para acaparar agua para fines agrícolas o industriales, y han menoscabado el derecho al agua de la población.

Puede ser interesante tener como modelo de una normativa constitucional del agua lo que señala la Constitución peruana, en el sentido de que “el Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos”, así como que “el Estado promueve el manejo sostenible del agua” (artículo 7-A), a lo que podría agregarse conforme a las políticas públicas que determine la ley.

c. Obligaciones y contratos

Como expresión de la libertad de las personas, convendría que se consagrara constitucionalmente la libertad de celebrar actos y contratos, más allá de la libre iniciativa económica. Igualmente debería considerarse la intangibilidad de los derechos que emanan de los contratos y su protección contra las lesiones que terceros o el legislador puedan causarles.

Una disposición de la Constitución peruana podría tenerse a la vista. Es la que dispone que “la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” (artículo 62, inciso 1).

Podría, además, consagrarse el principio de buena fe y elevarse a rango constitucional lo que hoy señala el artículo 1546 del Código Civil, aunque ampliándolo a la negociación, celebración e interpretación: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe”.

También puede considerarse la posibilidad de restringir los supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa, señalando que solo pueden imponerse por ley y con limitaciones de monto que permitan su aseguramiento.

Sería conveniente constitucionalizar la prohibición de la prisión por deudas. Así, se podría usar como modelo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual” (artículo 11). También podría usarse lo que prevé la Convención Americana: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios” (artículo 7.7).

En esta materia, seguramente se aprobarán disposiciones a favor de los consumidores para protegerlos de los abusos y las distorsiones que el mercado pueda introducir en contra de sus derechos. En materia de contratos, habría que limitar el principio de libertad contractual mediante la posibilidad de invalidar las cláusulas que sean consideradas abusivas en perjuicio del consumidor.

d. Familia

Dentro del capítulo de instituciones fundamentales convendría mencionar a la familia, siguiendo también la Declaración Universal, en el sentido de que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 3), lo que se repite en la Convención Americana (artículo 17.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.1).

Con todo, es necesario también afirmar la protección de la maternidad, de los hogares monoparentales y de las convivencias no formalizadas por el matrimonio, sobre todo si tienen hijos. En este sentido, se puede adaptar lo señalado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con

remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
(artículo 10.2)

Sería sensato ampliar la protección a la mujer cabeza de familia que declara la Constitución colombiana a todos los hogares dirigidos ya sea por un varón o una mujer, aunque también en Chile en la mayoría de los casos los hogares monoparentales son conducidos por madres.

En materia de derechos, debería consagrarse el derecho de contraer matrimonio; siguiendo a la Convención Americana, podría disponerse que la Constitución asegura “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, en conformidad a la ley” (artículo 17.2), a lo que podría agregarse una prohibición del matrimonio forzado o de niños. Por ejemplo, la Convención Americana dispone que “el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” (artículo 17.3).

Convendría, nos parece, permitir que el matrimonio religioso pueda tener efectos civiles en conformidad con la ley, siguiendo a la Constitución colombiana: “Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley” (artículo 42, inciso 7), y también a la de Brasil: “El matrimonio religioso tiene efectos civiles, como provisto por ley” (artículo 226.2).

En lo referido a las relaciones conyugales parece importante establecer como principio la igualdad entre varones y mujeres, siguiendo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés):

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución. (artículo 16.1)

Respecto a los derechos de los padres debería mantenerse el derecho y deber preferente de educación y de libertad de escoger el establecimiento de enseñanza, tal como se establece en la Declaración Universal: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” (26.3). Este derecho incluye la formación en valores morales, culturales y religiosos. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos establece lo que sigue:

Los Estados ... se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas

distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. (artículo 13.3)

Se debería establecer, además, el derecho de los niños a ser cuidados por sus padres, los que deberían guiarlos conforme a la evolución de las facultades. No pensamos que sea adecuado establecer el principio de la autonomía progresiva por ser demasiado incierto y, por ello, puede propender a que cada juez resuelva conforme a su personal criterio. Pensamos que es mucho más sensato conceder al legislador la posibilidad de fijar distintas edades para que el niño pueda adoptar decisiones ya sea en conjunto con sus representantes legales o contra ellos, previa autorización judicial.

Siguiendo a la Convención Internacional de Derechos del Niño podría establecerse que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (artículo 7.1). El derecho a conocer a los padres debería aplicarse a la adopción y a las técnicas de reproducción asistida. Quizá para ello habría que añadir a padres la palabra progenitores biológicos.

e. Sucesiones

Como veíamos, actualmente la Constitución no tiene norma expresa sobre la libertad de testar ni sobre sus limitaciones por asignaciones forzosas. Por ello, quizá convenga aclarar constitucionalmente que la atribución de disponer del derecho de propiedad incluye la posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte del propietario. Por ejemplo, la Constitución española dispone que “se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia” (artículo 33.1), lo que ha sido entendido como el derecho a disponer de los bienes *post mortem*. Muy cercana es la fórmula contenida en la Constitución peruana, que dispone que toda persona tiene derecho “a la propiedad y a la herencia” (artículo 2, número 16), y en la brasileña: “El derecho a la herencia está garantizado” (artículo 5, XXX).

Un poco más explícitas son la Constitución alemana: “La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes” (artículo 14.1); la italiana: “La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria, así como los derechos del Estado en materia de sucesiones” (artículo 42), y la de Portugal: “Se garantiza a todos el derecho a la propiedad privada y su transmisión inter vivos o mortis causa con arreglo a la Constitución” (artículo 62.).

Por nuestra parte, propondríamos una consagración de la libertad de disponer los bienes por causa de muerte, pero limitada por las asignaciones forzosas que determine la ley. Una fórmula podría ser la siguiente: “Se asegura a todas las personas: la libertad

de disponer de sus bienes para después de su muerte respetando las asignaciones forzosas que fije la ley a favor de su cónyuge, descendiente o ascendiente. La ley no podrá gravar la herencia con tributos de ninguna naturaleza”.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las anteriores sugerencias son solo eso y no pretenden en modo alguno coartar la libertad de la Convención Constitucional para determinar las normas y reglas que contendrá el texto de la nueva Constitución, que todos esperamos sea razonable y un marco normativo en el que puedan reconocerse todos los chilenos. Solamente así podrá garantizarse su estabilidad.

Necesitamos una Constitución de carácter mínimo y con los principios básicos para que los gobiernos vayan adoptando las políticas sociales y económicas conforme a diferentes ideologías.

En todo caso, el derecho civil estará más presente que en las anteriores cartas, ya que su constitucionalización es hoy una tendencia imposible de negar y menos aún de refrenar.

REFERENCIAS

- Aldunate, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, 23(1), 79-102.
- Corral, H. (2014). Constitucionalización del derecho civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno. En C. Villabella, L. Pérez & G. Molina (Coords.), *Derecho civil constitucional* (pp. 1-16). Grupo Editorial Mariel.
- Corral, H. (2018). Constitucionalización del derecho civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, (2), 1-20. <http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/149/609>
- Correa, R. (2005). Vulgarización por constitucionalización. *Derecho y Humanidades*, (11), 161-175.
- Domínguez, R. (1996). Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (93), 107-137.
- Guzmán, A. (2001). *El derecho privado constitucional de Chile*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Rioseco, E. (1996). *El derecho civil y la Constitución ante la jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

Vergara, A. (2021). El derecho humano al agua para la bebida y el saneamiento. Una sentencia activista. *El Mercurio*. <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/27797-profesor-alejandro-vergara-el-derecho-humano-al-agua-para-la-bebida-y-el-saneamiento-una-sentencia-activista>