

THOMSON REUTERS

LA LEY



Universidad de Concepción
Departamento de Derecho Privado

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XI

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
CONCEPCIÓN, 2015

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
EDITOR

MANUEL BARRÍA PAREDES
COORDINADOR



THOMSON REUTERS

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN CHILE

FABIOLA LATHROP*
Universidad de Chile
Santiago, Chile

1. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DERECHO PRIVADO

La Constitucionalización del Derecho ha sido definida como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente “impregnado” de normas constitucionales¹.

Este fenómeno implicaría dos cuestiones elementales. En primer lugar, la recepción constitucional de derechos y principios provenientes de las divisiones en que tradicionalmente se separa el Derecho, para dotarlos de la protección que entrega la norma fundamental. En segundo lugar, importaría la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos para todos los órganos del Estado, incluidos sus tribunales, y particulares².

Por otra parte, constituye un fenómeno generalizado en diversas áreas del Derecho de países de las más variadas latitudes. En el Derecho Privado, el origen del proceso de constitucionalización se remonta a la Alemania de la

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Esta ponencia ha sido desarrollada en el marco del Proyecto de Investigación Fondecyt Regular “Hacia una reconstrucción del Derecho de Familia: derechos de la infancia y vida personal”, N° 1140033, financiado por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile (Conicyt). Correo electrónico: fathrop@derecho.uchile.cl.

La autora agradece el apoyo otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en conformidad a su política de ayuda de viajes para potenciar la productividad académica.

¹ Cfr. GUASTINI, Riccardo, citando a FAVOREU, Louis Joseph: “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (trad. de José María Lujambio), en: CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta-UNAM, Madrid, 2009, 4ª edición, p. 49.

² Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “La constitucionalización del Derecho”, en: NAVARRO, E. (ed.), *20 años de la Constitución Chilena*, ConoSur, Santiago, 2001, p. 37.

década del sesenta³, siendo su principal efecto el haber cambiado el eje o centro de gravedad del orden jurídico de la ley (principio de supremacía legal vigente en el siglo XIX) a la Constitución (hacia fines del siglo XX)⁴.

El surgimiento del fenómeno de la constitucionalización del Derecho en general en nuestro país ha sido fijado en dos hitos: la existencia del recurso de protección en virtud de la Constitución Política de 1980 y la función que le ha cabido al Tribunal Constitucional desde mayo de 1981⁵.

En el contexto nacional, este fenómeno ha sido relevado por diversos constitucionalistas que, en la década de los noventa, declaraban que constituía el cambio "de mayor relevancia en nuestra Teoría Democrática y Estado de Derecho"⁶.

En efecto, en nuestros días, la normativa constitucional incide directamente en las relaciones privadas entre particulares, sean éstas de índole patrimonial, tales como contratos (autonomía privada y límites a la libre iniciativa económica), bienes (modos de adquirir el dominio y de protegerlo), responsabilidad civil (garantía de protección de la integridad psíquica y reparación integral) y sucesiones (libertad de testar y función social de la propiedad)⁷. En especial, los preceptos constitucionales han repercutido directamente en cuestiones de carácter extrapatrimonial, como el Derecho de la Persona (protección de la vida y derecho a la honra, intimidad e imagen, entre otros) y el Derecho de Familia.

³ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado", en *Derecho Mayor*, 2004, N° 3, p. 4, disponible en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizacion-privado.pdf>, 22 de diciembre de 2014.

⁴ Cfr. FAVOREAU, Louis Joseph, "La constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho*, 2001, vol. XII, p. 43.

⁵ Cfr. CEA EGAÑA, José Luis, "La constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho Público*, 1996, N° 59, p. 13.

⁶ CEA, cit. (n. 5), p. 11. Para el autor, la constitucionalización fue desarrollada en primer lugar por la jurisprudencia de países con una cultura jurídica que le otorga preponderancia a los principios, cláusulas generales, costumbres y valores supremos, finales y cohesionantes del proyecto nacional, plasmados en el preámbulo o articulados en el texto de la Carta Fundamental, superando la mera incorporación de catálogos más exhaustivos de derechos humanos en las constituciones, la creación de tribunales constitucionales y la introducción de acciones y recursos que cautelen tales derechos. Para el autor, este fenómeno supone la concurrencia de causas más profundas, como la perdurabilidad de una sólida conciencia constitucional, la buena fe y la honestidad en la hermenéutica de la Carta Fundamental; la redefinición de su naturaleza y funciones, con sujeción a la dignidad de y los derechos inalienables de la persona (pp. 11-12).

⁷ CORRAL, cit. (n. 3), p. 6.

Así, en
recho Priv
derechos d
antes de la
estaría dad
mente des
la capacida
persona a l
pero que, s

La estre
vectores¹⁰:

a) la pri
potencia d

b) el án
llamados a
nacionaliza

c) las ví
de la justici
a tal punto
(garantía d

En Chil
dido verific

a) una v
ajustar las l
en la volun

b) una v

⁸ GUZMÁN
de Valparaíso-U
"constitucional
poder remover e
disponibilidad d

⁹ Cfr. DOM

¹⁰ Cfr. KEM
D.; RÍOS, S.; TAL
de la codificación

¹¹ Cfr. GUA

¹² Tomados

Así, en el contexto nacional, se ha definido la constitucionalización del Derecho Privado como aquel ejercicio de "conferir rango constitucional a ciertos derechos de contenido privatístico"⁸, lo que significa que estos derechos existían antes de la vigencia constitucional pero con otra jerarquía. Un ejemplo de ello estaría dado por la redefinición de los atributos de la personalidad, tradicionalmente desarrollados por la doctrina civilista. Al respecto, se ha señalado que la capacidad de goce sería el único de esos atributos que acerca la noción de persona a la emanación de una dignidad que le confiere derechos por sí misma, pero que, sin embargo, reviste connotaciones primordialmente patrimoniales⁹.

La estrecha relación entre Constitución y Derecho Privado pasaría por tres vectores¹⁰:

- a) la primacía constitucional, toda vez que sustituye el principio de superpotencia de la ley propio de los códigos decimonónicos;
- b) el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, sea por estar llamados a regir con eficacia horizontal o por su marcada y extendida internacionalización;
- c) las vías procesales para su tutela, quedando en evidencia la importancia de la justicia constitucional en el proceso de constitucionalización del Derecho, a tal punto de ser considerada como una de las *condiciones* de su verificación (garantía de la jurisdicción)¹¹.

En Chile, el proceso de constitucionalización del Derecho Privado ha podido verificarse mediante¹²:

- a) una vía reformadora, es decir, a través de modificaciones tendientes a ajustar las leyes a la Constitución o a la interpretación que predomine de ella en la voluntad política mayoritaria;
- b) una vía hermenéutica o de aplicación indirecta que, a su vez, presenta:

⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso-Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, p. 36. Para el autor, la operación "constitucionalizadora" obedece a la denominada "garantía de los derechos", esto es, la seguridad de poder remover el obstáculo que se oponga a la existencia o ejercicio de los mismos, lo cual implica la disponibilidad de alguna acción judicial de reclamación frente a tal obstáculo (p. 38).

⁹ Cfr. DOMÍNGUEZ, cit. (n. 2), p. 42.

¹⁰ Cfr. KEMELMAJER, Aída, "Codificación y constitucionalización del Derecho Civil", en MARTINIC, D.; RÍOS, S.; TAPIA, M. (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 1196.

¹¹ Cfr. GUASTINI, cit. (n. 1), pp. 51-52.

¹² Tomados de CORRAL, cit. (n. 3), pp. 7-9.

– una *versión moderada*, consistente en interpretar la ley conforme a los preceptos constitucionales; llenando con tales normas conceptos abstractos como la buena fe, la moral, las buenas costumbres y el orden público; concibiendo la normativa constitucional como parte del espíritu general de la legislación al interpretar la ley¹³, y recurriendo a valores y principios constitucionales a la hora de interpretar actos y contratos que imponen exigencias que lesionan la dignidad o derechos fundamentales de los contratantes o de la parte más débil;

– una *versión radical*, que apuesta por un cambio en la perspectiva metodológica y en la comprensión del Derecho Privado en general, de tal forma que pasa a ser concebido, en todas sus ramas e instituciones, como un conjunto de pautas, criterios y preceptos que asumen como propios los valores y principios del orden constitucional.

No obstante existir cierto consenso en la doctrina nacional y extranjera en cuanto a la existencia y virtudes de la constitucionalización del Derecho, este proceso ha generado reticencias; en particular en el ámbito del Derecho Privado, la versión de carácter radical de la vía hermenéutica a que me referido ha generado resistencias.

Algunos autores¹⁴ se oponen a este proceso de constitucionalización, pues habría dado lugar a la creación de lagunas artificiales: al afirmarse que si una materia no es propia de la ley civil, esta falta de ley debe llenarse por una norma constitucional; se señala también que en virtud de este proceso se habrían “expropiado” materias propias de la ley civil (conceptos de persona o propiedad); se afirma que la propia Constitución se declara incompetente para regular las materias propias de leyes con estructuras de Código, como el Código Civil, y, por último, que este proceso puede contrariar el sistema de control constitucional.

En cierta medida, resulta razonable cuestionarse si la Carta Fundamental, a través de la constitucionalización de las relaciones privadas, ha “robado” espacio a la norma civil, de modo que esta haya perdido su importancia. Ésta es la razón de fondo que subyace a algunas críticas a dicho proceso levantadas desde

¹³ En este sentido, Ramón Domínguez señala que de la subordinación del resto de las normas jurídicas a la Constitución ha de derivarse una consecuencia en cuanto al sistema de interpretación de las leyes: la superposición a los elementos de interpretación de los artículos 19 y siguientes del Código Civil, de uno más elemental, esto es, el de la adecuación a la norma fundamental. Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1996, n. 3, T. XCIII, p. 111.

¹⁴ Cfr. CORRAL, cit. (n. 3), pp. 7-9.

la doctrina priva
el Derecho Priva
modernas; en esp
ha sucedido en n
mal podría const
norma fundamen
éste mantiene vig

También en el
en que los privat
de la Constitució
Derecho Civil mu
titucional”, toda v
origen para divers
indemnización por
disposiciones cons
de la disciplina civ

A esta crítica se
en especial la justic
(constitucionalizaci
no existir en nuesta
ciente –que serían la
por vía judicial dese

¹⁵ En este sentido se ha
[contenidos en la Constitu
cularmente, al Código Civi
abandono del Código, sino
RODRIGUEZ, Mauricio, *Cód.
Santiago, 2005, p. 364.*

¹⁶ Cfr. AELDUNATE LIZAL
(coord.), *El nuevo Derecho ch
Santiago de Chile, 2006, p.
privado estaría dada por el efe
tada aplicación de las normas
o efecto horizontal consiste en
en contra de toda persona, na*

¹⁷ Cfr. CORREA GONZÁLEZ
Humanidades, 2005, N° 11, p.
la vulgarización el que la argu
abierta a consideraciones gene

la doctrina privatista. Al respecto, creo que la constitucionalización enriquece el Derecho Privado, revitalizándolo, armonizándolo a concepciones jurídicas modernas; en especial, lo renueva a la luz de los derechos fundamentales, como ha sucedido en materias relativas a la persona y a las familias. En este sentido, mal podría constituir una amenaza para la ley civil; no debe temerse que la norma fundamental termine por relegar al Derecho Privado pues, a mi juicio, éste mantiene vigentes sus propios principios e instituciones¹⁵.

También en el ámbito del Derecho Constitucional se ha criticado la forma en que los privatistas estarían entendiendo y extremando el protagonismo de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Así, se ha señalado que el Derecho Civil muestra una “cuasi patológica fijación hacia el derecho constitucional”, toda vez que pretende encontrar en la Constitución un punto de origen para diversas instituciones, tales como la buena fe o el fundamento a la indemnización por daño moral en la integridad síquica, llegando a ver en las disposiciones constitucionales un sustituto de los principios o fundamentos de la disciplina civilista¹⁶.

A esta crítica se añade el que la constitucionalización del Derecho chileno, en especial la justicia constitucional chilena, contribuiría a su vulgarización (constitucionalización por vía judicial y no por codificación)¹⁷. En efecto, al no existir en nuestro país ni la doctrina de precedentes ni una dogmática suficiente —que serían las dos condiciones para evitar que la constitucionalización por vía judicial desemboque en vulgarización—, no contamos con una debida

¹⁵ En este sentido se ha afirmado que: “La materialización de esos principios generales y abstractos [contenidos en la Constitución] en reglas precisas es una tarea que corresponde al legislador y, particularmente, al Código Civil”, precisando que “la constitucionalidad del derecho civil no supone un abandono del Código, sino una nueva ‘mirada’ sobre sus categorías y reglas esenciales (...)”. Cfr. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 364.

¹⁶ Cfr. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “El derecho esencial a contraer matrimonio”, en VIDAL, A. (coord.), *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 43. Para el autor, la influencia del Derecho constitucional en el Derecho privado estaría dada por el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, el cual postula una limitada aplicación de las normas fundamentales a las relaciones jurídicas privadas. El efecto de irradiación o efecto horizontal consiste en que los derechos constitucionales pueden ser invocados por sus titulares en contra de toda persona, natural o jurídica, pública o privada, y no sólo frente al poder político.

¹⁷ Cfr. CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo, “Vulgarización por constitucionalización”, *Revista Derecho y Humanidades*, 2005, N° 11, pp. 163 y 171. Entre otros elementos característicos, el autor identifica en la vulgarización el que la argumentación jurídica tiende a hacerse menos institucional y por tanto más abierta a consideraciones generales, sean económicas o propiamente morales (p. 162).

acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional.

En suma, el proceso de constitucionalización del Derecho Privado no ha obedecido a un desarrollo programado ni sistemático¹⁸. Por el contrario, la inspiración constitucional de ciertas reformas e interpretaciones se ha construido de manera extremadamente espontánea e inorgánica, obedeciendo a necesidades contingentes por modernizar, actualizar y fortalecer argumentativamente determinadas instituciones. El desarrollo de este proceso desarticulado ha sido impulsado por la doctrina especializada y, en menor medida, cierta interpretación judicial proveniente de la justicia ordinaria y constitucional de nuestro país, aunque sin constituirse en una dogmática seria ni en una jurisprudencia asentada.

2. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DERECHO DE FAMILIA

Una parte creciente de la dogmática contemporánea del Derecho de Familia en Latinoamérica ha analizado las formas en que nuestras constituciones definen y regulan la vida familiar, así como las implicancias de los derechos constitucionales de los miembros de la familia¹⁹. Inspirados en el proceso de constitucionalización del Derecho, especialistas en Derecho de Familia y de Derecho de la Infancia han comenzado a efectuar un análisis dogmático que se relaciona directamente con los principios, normas y precedentes constitucionales²⁰, llegando a afirmar que la constitucionalización del Derecho de

¹⁸ El proceso de constitucionalización del Derecho en general habría chocado con dos obstáculos en nuestro país: mentalidades jurídicamente estructuradas sobre la base de parámetros distintos y opuestos a los que propugna la constitucionalización, y el tabú de los derechos humanos, agitado con cuestiones pendientes por la violación de ellos en los regímenes autoritarios. Cfr. CEA, cit. (n. 5), p. 17.

¹⁹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho de familia y los nuevos paradigmas", en X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, vol. 5, 1998 (Ponencias profesores invitados), pp. 16-22; CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares*, Porrúa, México, 7ª ed., 2003.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa; *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, T. 1.

²⁰ Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo, "La familia en la constitución política", *Revista Chilena de Derecho*, 1994, N° 21, vol. 2, mayo-agosto, pp. 217-229; LLOVERAS, N.; HERRERA, M. (Directoras.), BENAVIDES, D.; PICADO, A. (Coords), *El derecho de familia en Latinoamérica 1. Los Derechos Humanos en las relaciones familiares*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010; ÁLVAREZ PERTIZ, Alicia, "Constitucionalización del Derecho de Familia", *Revista Jurídica CUC*, Barranquilla, Colombia, 2011, N° 7, pp. 27-51.

Familia l
enfoque,
la regula
ideal de l
de todos

Este ti
Familia c
orden cor
distinguir
nales en l
consecuer

²¹ Dentro
formación", e
transformando
FAVOREAU, cit.

²² En est
día 18 de nov
Derecho Cont
Continental).

²³ Cfr. ZA
PARRA BENÍTEZ,
de Derecho y Cr
Loreley, "Famil
Montevideo, U
Cándido, "La p
2012, N° 29,
d=S1870-21472
un estudio com
no contiene un
hipertrofia abste
a nivel legal, han
chileno". Cfr. T
regulación de la
del Norte, 2013,

²⁴ Existe cier
familiares, tornán
manos se han cor
cit. (n. 19), p. 5.
Derechos del Niñ
LLOVERAS, Nora;
Los caminos de la
tucionalización de
referido Schimdt,

Familia ha “transformado” esta rama del Derecho²¹. Así, sobre la base de este enfoque, han comenzado a cuestionar las bases de una dogmática que justifica la regulación de la vida familiar en términos de una concepción orgánica e ideal de la familia y un reconocimiento desigual de los derechos individuales de todos los miembros de la familia (en particular, las mujeres y niños)²².

Este tipo de doctrina vincula las instituciones específicas del Derecho de Familia con los presupuestos normativos que las sostienen, en el marco de un orden constitucional y democrático de Derecho. En esta doctrina es posible distinguir trabajos que ponen de relieve el impacto de las reformas constitucionales en la regulación de la familia²³, y otras que se centran en las principales consecuencias derivadas del Derecho Internacional de Derechos Humanos²⁴.

²¹ Dentro de los efectos de la constitucionalización, se identifica la “constitucionalización-transformación”, esto es, el que la Constitución termine impregnando las ramas del Derecho a la vez que transformándolas, es decir, produciendo o provocando un cambio en el contenido del Derecho. Cfr. FAVOREAU, cit. (n. 4), p. 40.

²² En esta parte tomo algunas ideas expuestas por ESPEJO, Nicolás, en la conferencia dictada el día 18 de noviembre de 2014, en la Universidad Diego Portales, en el marco de la Cátedra por el Derecho Continental (Congreso Internacional. Universidad Diego Portales-Fondation pour le Droit Continental).

²³ Cfr. ZANNONI, Eduardo, *Derecho de Familia*, Astrea, Buenos Aires, 1998, 3ª Ed., pp. 22 y ss.; PARRA BENÍTEZ, Jorge, “El carácter constitucional del Derecho de Familia en Colombia”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias y Políticas*, Medellín, Colombia, 1996, N° 97, pp. 47-52; CALVO CARVALLO, María Loreley, “Familia y Estado: Una perspectiva constitucional”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Montevideo, Uruguay, 2000, N° 15, Año XIII, noviembre, pp. 163-165; DE LA FUENTE LINARES, José Cándido, “La protección constitucional de la familia en América Latina”, *Revista IUS*, vol. 6, Puebla, 2012, N° 29, ene./jun, disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100005, 23 de diciembre de 2014. En nuestro país, Zúñiga y Turner han efectuado un estudio comparado a nivel latinoamericano, poniendo de relieve que el texto constitucional chileno no contiene un estatuto sistemático sobre la familia que oriente la labor del legislador, agregando que “la hipertrofia abstencionista del constituyente original sumada a una regulación fragmentaria de la familia a nivel legal, han provocado una protección insuficiente y dispar de esta institución en el ordenamiento chileno”. Cfr. TURNER SAELZER, Susan y ZÚNIGA AÑAZCO, Yanira, “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2013, N° 2, p. 277.

²⁴ Existe cierto consenso en que los Derechos Humanos han impactado fuertemente las relaciones familiares, tornándose directamente aplicables a ellas. Esto ha llevado a aseverar que los Derechos Humanos se han convertido en el “principal” motor de evolución del Derecho de Familia. Cfr. GIL *et al.*, cit. (n. 19), p. 5. Véase también BELOFF, Mary, “Quince años de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina”, *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, Bogotá, 2008, N° 10, pp. 11-44; LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo J., “Los derechos humanos en las relaciones familiares del S. XXI: Los caminos de la jurisprudencia argentina”, en: LLOVERAS, N. *et al.*, cit. (n. 20), pp. 73-115. La constitucionalización del Derecho de Familia ha sido escasamente abordada en el ámbito nacional; a ella se ha referido Schimdt, enfatizando la importancia de la codificación y de la humanización del Derecho como

El estudio de la persona en sus relaciones jurídico-familiares (Derecho de Familia o Derecho de la Persona en familia) ha sido llevado a cabo tradicionalmente por los especialistas del Derecho Civil (o del Derecho Privado), aplicando categorías e interpretaciones propias de esta rama del Derecho. Una vez que las Constituciones latinoamericanas comienzan a proteger, de manera más o menos explícita e integral, a la familia, el enfoque de análisis se traslada a uno de corte público, generándose tensiones entre la Constitución nacional y la legislación sobre dichas relaciones personales y familiares.

Estas tensiones han sido abordadas por disciplinas constitucionalistas y familistas en forma paralela, y con ocasión de instituciones específicas impactadas por este proceso de constitucionalización. Así, salvo escasas excepciones en el contexto latinoamericano, estas problemáticas no han sido abordadas por ambas disciplinas conjunta y conjugadamente.

Asimismo, como consecuencia derivada de un extendido neoconstitucionalismo²⁵, la sujeción de la ley a la Constitución podría debilitar el carácter dogmático de la primera, ya que sólo *toma posesión* de su carácter dogmático una vez que se produce su encaje o ajuste con la normatividad constitucional (súper-dogma)²⁶. Y ello ocurre, sin embargo, con el coste de que, debido a la presencia en la Constitución de contenidos sustantivos difíciles de precisar,

elementos caracterizadores de tal fenómeno. Cfr. SCHMIDT HOTT, Claudia, "La constitucionalización del Derecho de Familia", en MARTINIC, M. *et al.*, cit. (n. 10), pp. 1235-1244.

²⁵ El término "neoconstitucionalismo" alude a una doctrina alimentada por la constitucionalización del Derecho que describe ciertos fenómenos o prácticas institucionales de los Estados constitucionales tras la Segunda Guerra Mundial. Cfr. NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, "Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)", *Estudios Constitucionales*, 2012, N° 2, p. 515; y ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", *Revista de Derecho*, 2010, N° 1, p. 80. El primero de estos autores reconoce la existencia de esta corriente señalando que su sustrato corresponde a "la existencia de sistemas normativos encabezados por una Constitución que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones jurisdiccionales que garantizan su supremacía y en donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponde al legislador sino a los jueces" (p. 515). El segundo autor se manifiesta reticente a la existencia de una "teoría" neoconstitucionalista (más bien existiría un "neoconstitucionalismo doctrinario"); el que denomina "neoconstitucionalismo histórico", en cambio, estaría relacionado con los elementos que señala Núñez y, en especial, en lo que interesa relevar en este artículo, con la constitucionalización del Derecho, en la medida en que comprende el reconocimiento de la fuerza normativa directa del texto constitucional y su proyección en el sistema de fuentes subconstitucionales (p. 100).

²⁶ En esta parte tomo algunas ideas expuestas por ESPEJO, Nicolás, en la conferencia dictada el día 18 de noviembre de 2014, en la Universidad Diego Portales, en el marco de la Cátedra por el Derecho Continental (Congreso Internacional. Universidad Diego Portales-Fondation pour le Droit Continental).

²⁷ Señalé Familia descar

no es fácil saber cuál es su contenido o qué es *lo que dicen* las normas constitucionales²⁷.

La función dogmática crítica del Derecho de Familia debe no sólo reforzar los mandatos constitucionales generales, sino que contribuir, a la vez, a la actualización y reformulación de los principios básicos de un Derecho de Familia fundado fuertemente en la protección de la esfera íntima, la igualdad de género, el reconocimiento del estatus jurídico de la infancia y la apertura a nuevas formas de parentalidad.

²⁷ Señalé más arriba que una parte importante de la nueva dogmática integradora del Derecho de Familia descansaría excesivamente en el recurso a la Constitución. *Vid. supra* nota 17.