

Revista  
de  
Derecho

Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

Muñoz León, Fernando

"Que hable ahora o calle para siempre": la ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIV, núm. 2, diciembre, 2011, pp. 9-30

Universidad Austral de Chile

Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173721505001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## “Que hable ahora o calle para siempre”: la ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario

*Fernando Muñoz León\**

### RESUMEN

*Este artículo examina diversos documentos presentados en la discusión actualmente radicada en el Tribunal Constitucional y el proceso legislativo sobre el matrimonio igualitario. De dicho análisis concluye que la discusión pública chilena presenta un desigual cumplimiento de los estándares emanados de la ética comunicativa, la cual en este artículo es conceptualizada desde el trabajo de Carlos Nino.*

Matrimonio igualitario – ética comunicativa – análisis del discurso

### *“Speak now or forever hold your peace”: the communicative ethics of our deliberation about equal marriage*

### ABSTRACT

*This article examines various documents put forward within the context of the discussion on equal marriage currently being held at the Constitutional Tribunal and the legislative process. From this analysis, it concludes that Chilean public deliberation presents an uneven fulfillment of the standards stemming from communicative ethics, which in this article is conceptualized from the perspective of the work of Carlos Nino.*

Equal marriage – communicative ethics – discourse analysis

---

\* Abogado, Doctor en derecho, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. [fmunoz@uach.cl](mailto:fmunoz@uach.cl)

Este trabajo va acompañado de otro enfocado en el sustento jurídico de la demanda por matrimonio igualitario, todavía en elaboración.

Artículo recibido el 30 de agosto de 2011 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 28 de octubre de 2011.

## LA DEMOCRACIA COMO SUCEDÁNEO DEL DISCURSO MORAL

La relación entre moral, política y derecho es un problema recurrente en la tradición filosófica occidental. Esta problemática unifica las interrogantes de diversas disciplinas y, algo no menos importante, tiene una gran relevancia desde un punto de vista práctico. Sus aristas involucran tanto la dimensión descriptiva (¿cómo se relacionan moral, política y derecho?) como la prescriptiva (¿cómo se han de relacionar moral, política y derecho?). Es, por lo tanto, un asunto al que filósofos morales y jurídicos, cientistas sociales y políticos, teóricos de la democracia y del constitucionalismo vuelven una y otra vez.

Uno de los pensadores que explícitamente hicieron de dicha relación el eje de su producción académica fue Carlos Nino. Así, una de las áreas en las cuales Nino es más recordado, particularmente en el mundo anglosajón, es en el ámbito de la *democracia deliberativa*. Fundamenta esta —desde luego, merecida— fama la publicación póstuma de *The Constitution of Deliberative Democracy*<sup>1</sup> y la realización en su memoria, al año siguiente de su muerte, de un seminario en la escuela de derecho de la Universidad de Yale sobre la relación entre democracia deliberativa y derechos humanos<sup>2</sup>. Ahora bien, el foco puesto específicamente en la noción de democracia deliberativa como concepto articulador de las ideas de Nino sobre la relación entre moral y mecanismos de toma de decisiones puede distraer nuestra atención de una formulación alternativa sobre el mismo tema que el propio Nino realizara anteriormente y que, en mi opinión, tiene mayor poder explicativo. Me refiero a la tesis de la democracia como *sucedáneo del discurso moral*. Con ella Nino intenta conceptualizar la “relación entre la democracia y la discusión pública de cuestiones de moralidad social”<sup>3</sup> de forma tal que le permita, a su vez, dar a la práctica democrática un fundamento moralmente sólido<sup>4</sup> y, sobre dicha base, una estructura teleológica o instrumentalmente adecuada<sup>5</sup>. La tesis de la democracia como sucedáneo del discurso moral vincula directamente moral, política y derecho desde una dimensión que unifica todas estas esferas: la ética comunicativa.

Nino emprende esta labor revisando el valor que Habermas y Ackerman, entre otros, dan en sus respectivas teorías a la discusión, deliberación, o diálogo moral. Para éstos, el diálogo tiene el poder de *constituir* los valores morales, tesis que nos permite caracterizarlos como teóricos del *constructivismo ético*. Nino, en cambio, le asigna al diálogo un valor no constitutivo sino *epistémico*: la discusión “es un buen método, aunque falible, para acercarse a

<sup>1</sup> Nino, C., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1998, 264 pp.

<sup>2</sup> Koh, H. & Slye, R. (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven, Yale University Press, 1999, 328 pp.

<sup>3</sup> Nino, C., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989 (2a edición), p. 387.

<sup>4</sup> Anteriormente, Nino ha estudiado en el mismo texto el concepto de democracia y ha llegado a la conclusión de que nociones tales como la regla de la mayoría o el gobierno del pueblo son incapaces de fundamentar éticamente la democracia dado que en dichas circunstancias su valor moral es contingente.

<sup>5</sup> Como dice el propio Nino, su justificación de la democracia “no sólo implica dar cuenta de su valor sino también señalar cómo debe operar para maximizarlo”. Nino, *supra* nota 4, p. 396.

la verdad moral"<sup>6</sup>. Así y todo, la cercanía del diálogo con la verdad moral le entrega un alto valor<sup>7</sup> a la discusión sobre asuntos de moralidad social, valor que bajo ciertas condiciones puede ser comunicado o transmitido a la práctica democrática<sup>8</sup>. La democracia justifica ese traspaso o préstamo de valor ofreciéndole al diálogo algo que por sí mismo no es capaz de obtener: capacidad de acción, mediante la institucionalización de procedimientos de toma de decisiones colectivas. Si bien "el discurso moral no tiene límites de tiempo y sólo cesa respecto de cierta cuestión cuando se llega a un consenso que es, además, inherentemente revisable, muy frecuentemente se debe adoptar una decisión antes de cierto tiempo, pues, de lo contrario, se habría implícitamente adoptado una respuesta pasiva frente a los acontecimientos"<sup>9</sup>. Con todo ello, Nino reconceptualiza la práctica democrática como una institucionalización del discurso o diálogo moral, combinando así justificabilidad moral y operatividad. Esta argumentación lleva a Nino a encontrar un fundamento a la regla de mayoría (ya que "exigir unanimidad para aprobar una propuesta es equivalente a establecer que es suficiente el voto de uno solo para aprobar la línea de acción opuesta"<sup>10</sup>) y a sostener que esta última tiende a incrementar la participación (ya que "el intento de convencer a todos es la forma más fácil de avanzar hacia el logro de un acuerdo mayoritario"<sup>11</sup>). En dichas discusiones, y cuando el procedimiento mayoritario de toma de decisiones "opera sin distorsiones", surge de las características inmanentes al proceso una auténtica *ética comunicativa*<sup>12</sup>: "cada participante

<sup>6</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 390. Esto convierte a Nino en lo que comúnmente se conoce en metaética como *cognitivista*: esto es, alguien que cree que existen hechos morales ontológicamente independientes de los agentes morales, quienes adquieren conocimiento de ellos mediante sus sentidos e intelecto. No sólo estoy en desacuerdo con esta tesis metaética sino que además creo que, a la luz del surgimiento de las *ciencias cognitivas*, las cuales destacan el rol que nuestro aparato cognitivo juega activamente en la conformación gestáltica de los objetos de nuestro conocimiento, la denominación de cognitivismo debiera estar reservada para aquellas tesis que sostengan que es el agente moral quien constituye los objetos de su percepción moral. Abordo este asunto en un trabajo sobre metaética actualmente en elaboración.

<sup>7</sup> Epistémico, según hemos visto.

<sup>8</sup> Desde una perspectiva constructivista el valor del diálogo, desde luego, se incrementa ya que éste pasa a ser más que un medio para *identificar* verdades morales; pasa a ser un medio para *constituirlas*. La pregunta, ciertamente, es si dicho diálogo está constreñido por concepciones del bien o de la justicia anteriores al mismo. La contribución de Ackerman responde precisamente a esa interrogante, específicamente de manera minimalista. Sobre la base únicamente de dos constreñimientos al diálogo, *racionalidad y neutralidad*, Ackerman perfila una teoría de la justicia social en el contexto del Estado liberal. Véase Ackerman, B., *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1981, 464 pp.

<sup>9</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 391.

<sup>10</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 391.

<sup>11</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 392.

<sup>12</sup> El término *ética comunicativa* surge del trabajo de Jürgen Habermas, del cual Nino cita explícitamente el artículo "Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación" aparecido en *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985, pp. 57-134. Lo que hago al generalizar su aplicación al trabajo de Nino es caracterizar dicho concepto como una teoría que postula la existencia de prescripciones éticas inmanentes al propio acto de intercambiar afirmaciones con el propósito de comunicarse. Las éticas comunicativas de Habermas, Ackerman y Nino, si bien con distintos matices y grados de desarrollo, coinciden en resumir dichas prescripciones éticas en la idea de igualdad y libertad: los agentes discursivos se reconocen mutuamente como iguales y como libres al momento de comprometerse con la práctica discursiva. La cita de Nino ejemplifica, mediante metáforas político-jurídicas, dichos postulados.

es a la vez abogado y juez; presenta sus propios intereses si cree que no han sido tomados en consideración en la posición del adversario; expone su propia propuesta tratando de convencer al otro de que toma en cuenta sus intereses; recibe las quejas del otro si éste cree que sus preocupaciones han sido desatendidas, y debe juzgar y argumentar en contra de la propuesta de su adversario”<sup>13</sup>. El carácter *público* de esta discusión hace que, en última instancia, “la propuesta que alguien hace a otro no puede centrarse exclusivamente en los intereses de ambos ni ser indiferente a los de los otros, para no perjudicar la confiabilidad de la persona que la hace en sus negociaciones con esos otros”<sup>14</sup>.

La tesis de Nino invita a su contraste con la realidad de los procesos deliberativos. ¿En qué medida el proceso político chileno, por ejemplo, responde al modelo de democracia como sucedáneo del discurso moral descrito por Nino? ¿Son respetados los criterios delineados en su ética comunicativa? De las respuestas que se den a estas preguntas depende, a la luz de la teoría de Nino, la calidad moral de nuestro sistema político<sup>15</sup>.

El primer obstáculo para responder afirmativamente a esta pregunta consiste en la existencia, en la estructura constitucional chilena, de importantes “distorsiones” al proceso mayoritario de toma de decisiones. A la disminuida capacidad de *representar* de las instituciones y prácticas electorales chilenas se añade el carácter supermayoritario de una importante parte de las materias legislativas<sup>16</sup>, cuestión que en la propia teoría de Nino –que insiste en la dificultad que entraña darle un veto a la minoría mediante procedimientos que se alejen de la regla de mayoría<sup>17</sup>– constituye una distorsión significativa a la capacidad de dicho proceso de tratar a cada ciudadano simultáneamente como abogado y juez en la consideración de los intereses de cada uno y de todos.

Tómese en cuenta el caso de las protestas estudiantiles el 2006. En dicha oportunidad hubo un amplio debate moral respecto de la educación, tanto sobre los fines que ella ha de tener como sobre los medios más adecuados para llevarlos a cabo. El resultado de dicho proceso de discusión y toma de decisiones, sin embargo, fue cercano a cero. De las expectativas de cambio planteadas por significativos sectores de la sociedad descontentos con el sistema educacional, ninguna fue satisfecha, situación que desde luego ha tenido un impacto en las protestas estudiantiles del 2011. La moraleja es que la forma en que nuestro proceso deliberativo está estructurado –desde el mayor acceso a los medios que tienen quienes pueden pagarlo a la mayor influencia en el proceso legislativo que tienen quienes

<sup>13</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 394.

<sup>14</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 394.

<sup>15</sup> Y, correlativamente, de la respuesta a otras preguntas dependerá la calidad moral de nuestro sistema político a la luz de otras teorías, sean éstas socialistas, eudemónicas, libremercadas o teocráticas, por mencionar algunos ejemplos. La formulación de juicios de valor consiste en un ejercicio hipotético de subsunción, en el cual se da por aceptada la validez de una aserción normativa y se juzga la adecuación de un cierto estado de cosas a dicha aserción.

<sup>16</sup> Véase Muñoz, F., “Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XII, 2006, pp. 115-129.

<sup>17</sup> Nino llega a afirmar que acercarnos a la unanimidad “es consagrar la dictadura del que está en favor de que no se cambie nada”. Nino, *supra* nota 4, pp. 391-392. Tal es la forma, efectivamente, en que el proceso supermayoritario chileno ha funcionado.

desean mantener las cosas como están debido a su carácter supermayoritario— dificulta la vigencia en dicho proceso de estándares genuinamente participativos.

Ahora bien, lo que esto significa es, únicamente, que la toma de decisiones mismas —particularmente en asuntos que requieran la concurrencia de quóruns supermayoritarios, como es el caso de la educación— tiende a no cumplir de manera substantiva con los estándares que constituyen a la democracia como un sucedáneo del discurso moral. ¿Significa esto que la práctica deliberativa chilena en sí misma no cumple con los estándares de ética comunicativa planteados por Nino? Mi intuición, la cual me interesa someter a escrutinio en lo que queda de este trabajo, es que esta pregunta admite una respuesta más positiva<sup>18</sup>. Para estos efectos estudiaré las contribuciones de distintos actores en la discusión de un asunto del mayor interés moral: el matrimonio homosexual o, como lo han planteado sus partidarios, *igualitario*. Estas contribuciones incluyen un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, varios *amici curiae*, y dos proyectos de ley<sup>19</sup>.

Las últimas décadas han sido testigo, en prácticamente todo el mundo occidental, de un considerable avance en la reivindicación de los derechos de las minorías sexuales. Distintos indicadores socioculturales así nos lo indican. El período se inicia con una criminalización absoluta de las conductas sexuales que se apartan de la 'norma'<sup>20</sup>, lo cual incluye la disposición entusiasta a emplear las herramientas del derecho penal a fin de suprimir tales comportamientos en la esfera privada y asegurar para la esfera pública manifestaciones de

<sup>18</sup> Uno podría objetar que separar la deliberación de la toma de decisiones es artificial, por cuanto cada una de ellas adquiere sentido solamente a la luz de la otra. Si bien esa objeción me parece correcta, desde un punto de vista holístico que quiera juzgar integralmente la práctica constitucional chilena, me parece que el propósito más acotado de este artículo —esto es, juzgar la calidad de los procesos deliberativos chilenos al margen de sus consecuencias en materia de toma de decisiones— es analíticamente consistente —el juicio sobre el todo involucra ser capaz de juzgar la parte— y adecuado —un artículo académico hace bien al ponerse una meta realizable dentro de la extensión que ofrece—.

Por otro lado, y tal como podrá ver el lector, el proceso deliberativo estudiado aquí involucra ciertas decisiones tales como la admisión a tramitación y la admisibilidad de la demanda por matrimonio igualitario, o la presentación de proyectos de ley tendientes a crear un pacto de unión civil, que constituyen no sólo actos del habla sino también decisiones institucionales y, *lato sensu*, políticas que ya han constituido un cambio en materia del tratamiento que el ordenamiento jurídico le da a la diversidad sexual.

<sup>19</sup> Esto significa que tomaré en cuenta en mi análisis intervenciones en el proceso adjudicativo, en circunstancias que Nino desarrolla sus planteamientos, estrictamente hablando, en relación a la *democracia*. Creo que no existen grandes obstáculos para hacer extensiva la discusión al proceso de adjudicación constitucional, ya que Nino parece entender la democracia en este caso fundamentalmente como la regimentación o disciplinamiento de la discusión moral mediante la formulación de procedimientos de toma de decisión sometidos a plazos institucionales. En este caso "se debe adoptar una decisión antes de cierto tiempo", con lo cual se abandona el "carácter temporalmente ilimitado" del discurso moral, y se fijan "*oportunidades para una decisión obligatoria*" (énfasis en el original) Nino, *supra* nota 4, pp. 391-392.

<sup>20</sup> Desde luego, las raíces de esta punición se hunden en el pasado. Así, por ejemplo, la racionalidad teológico-jurídica del barroco, propia del período histórico de cuyas tensiones internas surgiera la modernidad decimonónica, estructura sistemáticamente las proscripciones autoritativas de la Biblia y de la legislación romana tardía a fin de penalizar los actos sexuales entre personas del mismo sexo como manifestación específica de la sexualidad apartada del fin del hombre, la reproducción, como estrategia de participación en la Creación. Véase Chamocho, M.A., "El delito de sodomía femenina en la obra del padre franciscano Sinistrati D'Ameno, "De sodomía tractatus"', en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXX, 2008, pp. 397-409.

arrepentimiento y transformación<sup>21</sup>. A partir de esta punición total, distintos hitos marcan el desplazamiento en las sociedades occidentales hacia la empatía pública y el empoderamiento de los propios sujetos de la discriminación. Entre los primeros se encuentran, en el plano de la cultura popular, películas tales como VICTIM (Basil Dearden, 1961), centrada en un exitoso abogado cuya secreta homosexualidad le transforma en víctima de un intento de extorsión y que, estrenada en Inglaterra cuatro años después de la publicación del Informe Wolfenden<sup>22</sup> y seis años antes de la aprobación de la *Sexual Offenses Act* de 1967 que despenalizó parcialmente las relaciones consentidas entre personas del mismo sexo<sup>23</sup>, ha sido presentada como un espacio de catarsis y transformación de las percepciones sociales de la homosexualidad<sup>24</sup>; o como MILK (Gus van Sant, 2008), que narra la vida del asesinado activista Harvey Milk y lanzada precisamente en momentos en que el estado de California, donde aquel llevara a cabo su labor social y política, discutía la aprobación de la *Propo-*

<sup>21</sup> Ejemplos de ello van desde el juicio criminal a Ramón Cifuentes y Belisario González en 1884 en la ciudad de Iquique al famoso juicio contra Oscar Wilde por indecencia, precedido por un juicio donde el escritor intentó infructuosamente procesar al Marqués de Queensberry por injurias debido a la acusación de homosexualidad que éste le hiciera en público.

Sobre el juicio a Cifuentes y González véase González, C., “Sodomía en Chile decimonónico: el caso de Ramón Cifuentes y Belisario González, Iquique, 1884”, en *Revista de Filosofía*, Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile, vol. XXIII, 2002, disponible en <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCH/article/viewArticle/5618/5486> (accesado el 18 de Septiembre de 2011).

Sobre el juicio a Wilde, el cual habría “transformado radicalmente las actitudes populares y profesionales hacia quienes practicaban el erotismo con personas de su mismo sexo”, véase Foldy, M., *The trials of Oscar Wilde: deviance, morality, and late-Victorian society*, Yale University Press, New Haven, 1997, p. 81.

<sup>22</sup> El *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, conocido como *Wolfenden Report* y hecho público el 4 de Septiembre de 1957, fue en sí mismo el producto de diversos escándalos de similar naturaleza que incluyeron la condena por homosexualidad a diversas figuras públicas inglesas. Véase Wolfenden, J., *The Wolfenden Report: Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Stein and Day, New York, 1964, 243 pp. Al margen de las consideraciones que su contenido nos merezca a la luz del estado actual de la discusión, resulta interesante hacer notar que el *Wolfenden Report* encarna discursivamente el paradigma de una política pública ilustrada, al afirmar que para llegar a sus conclusiones los miembros de dicha comisión “tomaron en cuenta los hechos científicos, el sentimiento de la comunidad, la sabiduría de expertos jurídicos y científicos, la estructura del derecho, y los ideales de una sociedad civilizada”. *Id.*, p. 5. La necesidad de este despliegue retórico se hace evidente si tomamos en cuenta el desafío que planteaba para la sociedad inglesa este Informe: despenalizar la prostitución y la homosexualidad.

Las propuestas del *Wolfenden Report*, recordemos, dieron origen a una interesante discusión entre Hart y Patrick Devlin sobre la relación entre privacidad, moralidad pública y legislación. Véase Hart, H.L.A., *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963, 96 pp.; y Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965, 139 pp.

<sup>23</sup> Véase *An Act to amend the law of England and Wales relating to homosexual acts* (27 de julio de 1967), Sección 1: “un acto homosexual en privado no será constitutivo de delito en cuanto las partes consintieren en él y hayan alcanzado la edad de veintiún años”.

<sup>24</sup> Burton, A., O’Sullivan, T., *The Cinema of Basil Dearden and Michael Relph*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2009, pp. 232-241. No obstante la importancia que VICTIM haya podido tener en el momento de su estreno, ya quince años después, “dentro de los cambiantes contextos que acompañaron el surgimiento del movimiento de liberación homosexual, la película comenzó a recibir un serio escrutinio crítico que buscaba reevaluar su estatus canónico”. *Id.*, p. 240.

sition 8<sup>25</sup>, reforma constitucional que en la actualidad impide el reconocimiento de matrimonios del mismo sexo en dicho estado<sup>26</sup>. Entre los segundos se encuentran los motines de Stonewall del 28 de junio de 1969, que insuflaron vida y protagonismo a la comunidad homosexual de Nueva York; y, entre nosotros, la fundación del Movimiento de Liberación Homosexual en 1990, que desde entonces ha asumido un papel central en la visibilización pública y la representación de los intereses del mundo homosexual ante las autoridades del país<sup>27</sup>.

Esta breve reseña de las transformaciones en el tratamiento institucional a la diversidad sexual en Occidente ilustra que estamos frente a una de aquellas discusiones que carecen de "límites de tiempo" y cuyas conclusiones son "inherentemente revisables", al decir de Nino<sup>28</sup>. El carácter de deliberación moral de la discusión sobre el acceso de las parejas formadas por personas del mismo sexo a la institución del matrimonio queda, entonces, claro. Mi propósito será entonces ver algunas de las intervenciones fundamentales en esta materia en nuestro país, donde la conveniencia o no conveniencia del matrimonio igualitario se ha discutido ya en sede judicial o legislativa<sup>29</sup>. En este estudio emplearé herramientas propias de la disciplina del análisis del discurso, el cual trata de profundizar en el significado de los textos mediante análisis gramaticales, dialécticos y pragmáticos. Esto también me permitirá ampliar el repertorio documental propio de los estudiosos del proceso constitucional, usualmente limitado al análisis de leyes y sentencias judiciales, incorporando los esfuerzos retóricos orientados precisamente a producir dichas leyes y sentencias.

Antes de proseguir, debo formular un *caveat* al lector. El asunto sobre el cual escribo no me resulta indiferente; de hecho, dudo que alguna vez haya escrito o llegue a escribir sobre algo que me resulte indiferente. En lo que atañe al matrimonio igualitario, no sólo

<sup>25</sup> Véase McKinley, J., "Back to the Ramparts in California", en <http://www.nytimes.com/2008/11/02/weekinreview/02mckinley.html>; y Cieply, M., "Activists Seek to Tie 'Milk' to a Campaign for Gay Rights", en <http://www.nytimes.com/2008/11/22/movies/22milk.html>.

<sup>26</sup> El destino de la *Proposition 8* pende en este momento del destino de la sentencia del juez Vaughn R. Walker, del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California, quien el 4 de agosto de 2010 resolvió en el caso *Perry v. Schwarzenegger* que la Proposition 8 es inconstitucional a la luz de la XIV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

El juez Vaughn, cuya nominación como juez por Ronald Reagan fue paradójicamente frenada en 1987 por los congresistas demócratas debido a acusaciones de insensibilidad hacia la comunidad homosexual, fue posteriormente nominado nuevamente por George H. W. Bush y confirmado en 1989; y tras abandonar la judicatura el 2011 admitió públicamente su propia homosexualidad.

<sup>27</sup> Sobre el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Desarrollo Humano en Chile. El poder: ¿para qué y para quién?*, Santiago, 2004, pp. 230-231 (afirmando que el MOVILH "[c]ontiene en su currículo las acciones y los logros más emblemáticos e importantes en beneficio de las personas de orientación homosexual"). Véase también *infra*, nota 35.

<sup>28</sup> O, en la crítica de Schmitt, *ewige Gespräch*: "incesante conversación". Véase Schmitt, C., *The crisis of parliamentary democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1988, p. xvi.

<sup>29</sup> Falta en este estudio una de las intervenciones más importantes en esta materia: la sentencia del Tribunal Constitucional en el requerimiento contra el artículo 102. He estimado como conveniente no esperar dicha sentencia para incluirla en este análisis dado que, por obvias razones disciplinarias para un estudioso del derecho, dicha sentencia acaparará la atención una vez que haya sido anunciada, comprensiblemente opacando la consideración de los elementos deliberativos que le antecedieron.



creo que constituye una exigencia moral, política y jurídica para nuestra generación; también he defendido públicamente dicha convicción participando en la representación ante el Tribunal Constitucional de las parejas que han desafiado la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil y colaborando como columnista con diversos medios escritos y electrónicos. Dicho eso, y dado que no suscribo la idea —epistemológicamente obsoleta en mi opinión— de que sólo la imparcialidad desinteresada le permite al estudioso de los fenómenos sociales alcanzar la objetividad en la comprensión del objeto estudiado<sup>30</sup>, cumplo no obstante con poner todas mis cartas ante la mesa del lector, requisito sí exigido por la honestidad intelectual.

#### LA ETICIDAD COMUNICATIVA DE LA DEMANDA POR MATRIMONIO IGUALITARIO

En el presente, tres documentos sustentan jurídicamente la demanda por matrimonio igualitario<sup>31</sup>: el recurso de protección presentado con fecha 20 de octubre de 2010 por las parejas compuestas por César Peralta y Hans Arias, Víctor Arce y José Miguel Lillo y Stephane Abran y Jorge Monardes contra el Servicio de Registro Civil e Identificación<sup>32</sup>; la actuación de dichos recurrentes haciéndose parte del requerimiento de inaplicabilidad

<sup>30</sup> La pregunta sobre la objetividad unifica las interrogantes teóricas de juristas, particularmente jueces y cientistas sociales, entre ellos historiadores. Estudiando la situación de estos últimos, Peter Novick hace explícita esta conexión; así, afirma que “el rol del historiador objetivo es el de un juez neutral o carente de interés”, cuyas conclusiones “han de desplegar las tradicionales cualidades judiciales de la medida y la imparcialidad”, cualidades que “tal como en el caso de los tribunales” son custodiadas “mediante el aislamiento de la profesión historiográfica de las presiones sociales o la influencia política, y el apartamiento del historiador individual de todo abanderamiento o prejuicio”. Novick, P., *That Noble Dream. The “Objectivity Question” and the American Historical Profession*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 2. El estudio de Novick, no está de más notar, es un intento por rastrear diacrónicamente la discusión entre partidarios y críticos de la noción de objetividad dentro de la historiografía escrita por alguien que ha “sido persuadido por los argumentos de los críticos del concepto, y que no ha sido impresionado por los argumentos de sus defensores”. *Id.*, p. 6.

<sup>31</sup> Excluyo de mi análisis el proyecto de ley contenido en el Boletín 5780-18, presentado por los diputados Alfonso de Urresti (PS), Marco Enríquez (PS), Ramón Farías (PPD), Guido Girardi (PPD), Jorge Insunza (PPD) y Adriana Muñoz (PPD) el 20 de marzo de 2008, que modifica el artículo 102 del Código Civil reemplazando las expresiones “un hombre y una mujer” por “dos personas” y eliminando la frase “de procrear” debido a que en la actualidad dicho proyecto se encuentra archivado. La reactivación de dicho proyecto, desde luego, constituiría la forma de resolver la presente discusión más satisfactoria para los partidarios del matrimonio igualitario.

<sup>32</sup> Corte de Apelaciones, Rol Nº 6787-2010, *Interposición de recurso de protección*, 20 de octubre de 2010, fojas 9 a 13. Las parejas ya mencionadas recurrieron de protección contra el Servicio de Registro Civil e Identificación por habérseles denegado la posibilidad de contraer matrimonio ante dicha institución. En dos de dichos casos, dicho trámite se limitaba a la inscripción de dos matrimonios válidamente contraídos en el extranjero. La negativa del Registro Civil se fundó en las disposiciones de nuestra legislación que disponen que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer; esto es, el artículo 102 del Código Civil y el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil. El 21 de diciembre del mismo año, la Corte de Apelaciones, como órgano legitimado según lo dispuesto en el artículo 79 del texto refundido de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicitó a este órgano pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos legales en cuestión, cuya aplicación en el recurso de protección ya mencionado era decisiva.

del artículo 102 del Código Civil promovido por la Corte de Apelaciones ante el Tribunal Constitucional como medida para mejor resolver<sup>33</sup>; y el Informe en Derecho presentado por Libertades Públicas A.G. en calidad de *amicus curiae*<sup>34</sup>. ¿Cómo se desempeñan dichos documentos a la luz de la ética comunicativa?

Los dos primeros documentos ya mencionados, esto es, el recurso de protección y la adhesión al requerimiento de inaplicabilidad, responden a aquello que podríamos calificar como la primera etapa dentro del esquema deliberativo de Nino: la presentación de los intereses propios cuando se estima que ellos no han sido tomados en consideración<sup>35</sup>. Dichas acciones constitucionales, en efecto, fueron impetradas directamente en nombre de parejas del mismo sexo, interesadas en someter a discusión el hecho que en la actualidad ningún sector del ordenamiento jurídico chileno cautele los intereses de tales parejas. Este reclamo es presentado mediante la utilización de argumentos de carácter jurídico, los cuales, a diferencia de argumentos de carácter metafísico o extrasensorial, se sirven de un lenguaje *comprensible* en cuanto *comunicable* para quienes disientan de las demandas así formuladas<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-2011, *Actuación de los recurrentes de protección haciéndose parte del requerimiento*, 7 de enero de 2011, fojas 13 a 44.

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-2011, *Informe de Libertades Públicas A.G. sobre la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil*, 27 de julio de 2011, fojas 149 a 193.

<sup>35</sup> El MOVILH ha hecho de la representación de los intereses de la diversidad sexual uno de sus principales ejes de acción. En el asunto en discusión, el MOVILH fue el iniciador institucional del litigio ante la Corte de Apelaciones de Santiago del recurso de protección que derivó en un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para cuestionar la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, y ha sido el principal interlocutor de los proyectos de ley enviados por el entonces Senador Andrés Allamand (RN) y por el Presidente Sebastián Piñera (RN) sobre pactos de unión civil. El propio MOVILH ha presentado a la discusión pública proyectos similares en dos oportunidades: el 10 de julio de 2003, presentado como moción parlamentaria mediante el Boletín 3283-18 con el respaldo de los diputados Enrique Accorsi (PPD), Gabriel Ascencio (PDC), Patricio Hales (PPD), Víctor Barrueto (PS), Antonio Leal (PPD), Osvaldo Palma (RN), Fulvio Rossi (PS), María Antonieta Saa (PPD), Carolina Tohá (PPD) y Ximena Vidal (PPD); y el 23 de septiembre de 2006, como el resultado de un trabajo conjunto con académicos de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de la Universidad Diego Portales. Asimismo han preparado política y culturalmente el terreno para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo mediante muchas otras gestiones. Una de ellas corresponde a la emisión, con fecha 11 de junio de 2010 y por parte del Ministerio de Vivienda tras gestiones del MOVILH, de un instructivo nacional que estableció que la categoría de "cónyuges" requerida para postular a subsidios a la vivienda no incluía discriminaciones a partir de la orientación sexual o la identidad de género. El instructivo estipuló que la definición de familia en los programas habitacionales "no hace distinción entre parejas de convivientes compuestas por personas de igual o distinto sexo, por lo que no existen impedimentos para postular al Fondo Solidario de la Vivienda". Dicho documento añadió que "si una familia está constituida por dos personas, sin relación de parentesco, al estar reconocidas en el mismo instrumento (Ficha de Protección Social), se asume que conforman una familia y por tanto no tienen impedimentos para postular al Fondo Solidario de la Vivienda". Véase *Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, VIII Informe Anual: Derechos Humanos de la Diversidad Sexual Chilena (Hechos 2009)*, Santiago, 2010, p. 124. Más recientemente, gestiones del MOVILH con autoridades del Instituto Nacional de Estadísticas lograron que en el Censo 2012 sea incluida la pregunta de si las personas encuestadas mantienen una relación de convivencia, sea ésta con una persona del mismo o distinto sexo. Véase "Histórico: Censo 2012 incluirá consultas sobre convivientes", en [http://www.movilh.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1189&Itemid=1](http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=1189&Itemid=1) (accesado el 18 de septiembre de 2011).

<sup>36</sup> Rawls ha sostenido por razones filosóficas que en la configuración de nuestras instituciones sociales nuestro concepto de la justicia ha de gozar de prioridad sobre las rivales concepciones comprensivas

Dentro de dichos parámetros, el recurso de protección hace una referencia de carácter pragmático al contexto dentro del cual se enmarca esta acción: si bien el artículo 19 Nº 2 de la Constitución garantiza la igualdad ante la ley, la orientación sexual ha constituido históricamente un motivo que ha suscitado la persecución y la discriminación de manera similar a como otros grupos discriminados, a los cuales también “se les negaba la posibilidad de contraer matrimonio en plenitud e igualdad”<sup>37</sup>. La intención del texto es asociar el padecimiento actual de las parejas del mismo sexo con el padecimiento pasado de las parejas interracial<sup>38</sup>, una estrategia argumentativa característica de la lucha por el matrimonio igualitario. Esta analogía apunta a ganar para sí como fundamento el juicio negativo sobre el racismo que se estima compartido con la audiencia del texto en análisis —esto es, los integrantes del Poder Judicial chileno— y, al mismo tiempo, demostrar que la intervención en estudio no es “indiferente a los [intereses] de los otros”<sup>39</sup>. El segundo texto, cuya mayor extensión le permite adentrarse con mayor profundidad en la argumentación propiamente jurídica sobre la fundamentabilidad de la demanda en cuestión<sup>40</sup>, incluye también una reflexión sobre el papel que le corresponde a su receptor, el Tribunal Constitucional, en la configuración del bien común. Ya que “son cada vez más numerosas las familias que no podemos enmarcar en el concepto tradicional” de ella, y que “la legislación aplicable no refleja dicha diversidad social, pese a la igual libertad y dignidad que nuestro ordenamiento ofrece a todas las personas”, el Tribunal en cuanto órgano interpretativo tiene “la importantísima función de mediar entre dichos textos y dicho contexto, poniendo su conocimiento jurídico y experticia profesional al servicio del propósito que nuestra Constitución se conforme a los sentimientos, a las creencias, y a los intereses de nuestro pueblo, a fin de que la ciudadanía haga suya la Constitución y la sienta como propia, revistiéndola constantemente así de legitimidad social”<sup>41</sup>. Esta afirmación no sólo contiene un gesto de cortesía discursiva hacia

---

del bien. Uno no puede sino pensar que una de las ventajas de dicha prioridad es facilitar precisamente la comunicabilidad entre los participantes del proceso institucional, sobre todo en vistas a la incommensurabilidad mutua y, en consecuencia, la incomunicabilidad de las visiones contenidas en las diversas concepciones del bien existentes en una sociedad pluralista. Véase, e.g., Rawls, J., “Kantian Constructivism in Moral Theory”, en *The Journal of Philosophy*, vol. LXXVII, 1980, p. 525 (argumentando que las personas morales están caracterizadas por dos poderes morales, “la capacidad para desarrollar un efectivo sentido de la justicia” y “la capacidad para formular, revisar, y perseguir racionalmente una concepción del bien”). Glendon, sin embargo, ha criticado el excesivo legalismo de la cultura constitucional resultante, el cual obstaculizaría el diálogo en la sociedad pluralista. Véase Glendon, M.A., *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991.

<sup>37</sup> Corte de Apelaciones, Rol Nº 6787-2010, *Interposición de recurso de protección*, 20 de octubre de 2010, foja 92.

<sup>38</sup> “Recordemos que en muchos países estuvieron prohibidos los matrimonios interraciales, con argumentos igualmente discriminatorios y antidemocráticos que los que hoy se utilizan en otros países para prohibir los matrimonios entre personas del mismo sexo”. *Id.*, foja 93.

<sup>39</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 394.

<sup>40</sup> Véase Tribunal Constitucional, Rol Nº 1881-2011, *Actuación de los recurrentes de protección haciéndose parte del requerimiento*, 7 de enero de 2011, fojas 19 a 40.

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional, Rol Nº 1881-2011, *Actuación de los recurrentes de protección haciéndose parte del requerimiento*, 7 de enero de 2011, fojas 41 a 42.

el Tribunal<sup>42</sup>, sino también una teoría sobre la interpretación constitucional. El sentido implícito de la afirmación transcrita es, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional debe encargarse de adecuar las leyes a los valores sociales actuales más compatibles con los principios constitucionales de la igualdad y la libertad, algo que la teoría constitucional norteamericana denomina como la tesis de la *constitución viva*<sup>43</sup>.

El Informe en Derecho presentado por Libertades Públicas A.G., por su parte, aborda una de las tareas fundamentales del proceso deliberativo identificadas por Nino: el "juzgar y argumentar en contra de la propuesta de su adversario"<sup>44</sup>. En efecto, dicho Informe dedica parte importante de su contenido a discutir los argumentos contra el matrimonio igualitario presentados anteriormente por uno de los integrantes del Tribunal Constitucional, Enrique Navarro<sup>45</sup>. Analizar los argumentos de una de las personas que están llamadas a resolver la contienda en cuestión para defender la postura contraria constituye un desafío discursivo estratégico, sin duda. El Informe enfrenta este desafío iniciando su análisis con un gesto de validación del otro, calificando el escrito como "uno de los trabajos que desarrolla *en forma más ordenada* las razones por las cuales la Constitución *supuestamente recogería* una concepción única de la familia, basada en el matrimonio heterosexual"<sup>46</sup>. A fin de no traicionar sus propios objetivos, la cita transcrita utiliza el tiempo verbal condicional para cualificar la tesis sostenida por Navarro. La discusión misma de los argumentos de Navarro no puede evitar las tensiones surgidas de la condición de Navarro de juez y parte, no en el sentido estricto de esta condición, sino en el sentido discursivo de ser alguien que ha formulado argumentos contrarios a la pretensión respaldada por los autores del Informe. En definitiva, el Informe sortea dichas tensiones mediante actos de reconocimiento del estatus académico ("profesor Navarro") e institucional ("ministro Navarro") del contradictor y mediante la discusión racional de sus argumentos en lugar de la descalificación o la no consideración de ellos. Estas estrategias resultan de interés en la medida en que en el diálogo o deliberación pública, como afirma Nino, "cada participante es a la vez abogado y juez"<sup>47</sup>. La interacción entre los argumentos de Navarro y su discusión en el Informe es, en esto, una reproducción en miniatura de los desafíos estratégicos de la discusión a escala social. Las estrategias de cortesía y racionalidad adoptadas por el Informe, de esa forma, se revelan como componentes importantes de una ética como la comunicativa que se estime surgida de las características propias del proceso deliberativo. Su no utilización sería, en definitiva, una contradicción performativa por parte del participante del diálogo<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> Sobre la cortesía como objeto de estudio del análisis del discurso, véase Escandell, M.V., *Introducción a la pragmática*, Barcelona, Editorial Ariel, 2006 (2ª edición), Capítulo 8, El Estudio de la Cortesía, pp. 141-160.

<sup>43</sup> Uno de los expositores judiciales más significativos de esta tesis fue el Juez de la Corte Suprema William Brennan. Véase su *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, South Texas Law Review, vol. 27, 1986, p. 433.

<sup>44</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 394.

<sup>45</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-2011, *Informe de Libertades Públicas A.G. sobre la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil*, 27 de julio de 2011, fojas 158 a 170.

<sup>46</sup> *Id.*, p. 158. El énfasis es mío.

<sup>47</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 394.

<sup>48</sup> Esto en la medida en que los participantes tengan efectivamente el propósito de alcanzar un cierto propósito en el diálogo en lugar de fracasar en su cometido o arruinar el proceso de diálogo mismo. Esto,

Las resoluciones judiciales que admitieron las acciones de constitucionalidad en cuestión también pueden ser objeto de análisis en cuanto actos de reconocimiento performativo. Así, el 21 de octubre de 2010 la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago admitió a tramitación el recurso de protección que dio inicio a esta discusión<sup>49</sup>; el 4 de enero de 2011, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional acogió a tramitación dicho requerimiento<sup>50</sup>; y el 26 de enero del mismo año, la misma Sala procedió a declarar admisible el mismo procedimiento<sup>51</sup>. Estas acciones cumplieron con un mandato fundamental de la ética comunicativa, dado que dichos organismos estuvieron dispuestos, en su calidad de representantes del interés general, a recibir “las quejas del otro” —esto es, la comunidad LGBT— que consideraba que “sus preocupaciones han sido desatendidas”<sup>52</sup>. No obstante, las decisiones del Tribunal Constitucional de admitir a tramitación y posteriormente de declarar admisible el requerimiento en cuestión contaron con votos de minoría cuyas escuetas argumentaciones contrarían las prescripciones de la ética comunicativa<sup>53</sup>.

sin duda, es también una posibilidad, en cuyo caso los participantes probablemente reemplazarán la cortesía o reconocimiento por la descortesía y la supresión real o simbólica del otro, y la racionalidad por el ruido ambiental. Momentos de quiebre tales como el Golpe de Estado de 1973 ofrecen un amplísimo repertorio de ejemplos de esto; pero también los hay en nuestra cotidianeidad contemporánea. Eventualmente dedicaré un próximo trabajo a analizar esta faceta del proceso de diálogo a fin de complementar la imagen optimista que surge del trabajo de Ackerman, Habermas y Nino.

<sup>49</sup> La resolución respectiva reza así: “Santiago, veintiuno de octubre de dos mil diez. Proveyendo a fojas 9. *Se declara admisible el recurso*. A lo principal, pídase informe a la recurrida, remitiendo a esta Corte, conjuntamente con su informe, todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto que ha motivado el recurso, quien deberá evacuarlo en el término de cinco días, bajo apercibimiento de aplicarle alguna de las sanciones que establece el Auto Acordado respectivo. *Oficiese*.” Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6787-2010, *Resolución que admite a tramitación recurso de protección*, 21 de octubre de 2011, fojas 14. Es sabido que los requisitos que la Constitución, el auto acordado en cuestión, y la práctica judicial imponen a la sala tramitadora al momento de declarar inadmisibile un recurso de protección son mínimos, por lo que lo más destacable de esta resolución es el simple hecho de haber admitido a tramitación esta acción.

<sup>50</sup> La resolución respectiva reza así: “Santiago, cuatro de enero de dos mil once. Vistos y considerando: (...), Se resuelve: (1) Que se admite a tramitación el requerimiento deducido a fojas uno”. Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-2011, *Proveído que admite a tramitación el requerimiento en cuestión*, 4 de enero de 2011, fojas 7 a 10.

<sup>51</sup> La resolución respectiva reza así: “Santiago, veintiséis de enero de dos mil once (...) Vistos y considerando: (...), Se resuelve: Que se declara admisible el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno. Suspendase el procedimiento en que incide la acción. *Oficiese* al efecto a la Corte de Apelaciones requirente”. Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-2011, *Proveído que declara la admisibilidad del requerimiento en cuestión*, 26 de enero de 2011, fojas 54 a 56.

<sup>52</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 394.

<sup>53</sup> La escueta fundamentación de los votos de minoría en el Tribunal Constitucional constituye un defecto a la luz de la ética comunicativa. No obstante, es conceptualmente posible y, por lo tanto, imaginable que sobre la base de los textos jurídicos vigentes un tribunal distinto hubiese fundamentado el rechazo a la tramitación y la admisibilidad de manera rigurosa y que atendiera a los intereses de los requirentes; por ejemplo, argumentando que el procedimiento de inaplicabilidad tiene fines más limitados que la revisión substantiva de los contenidos legislativos, los cuales deben ser canalizados mediante el proceso legislativo a fin de alcanzar el máximo de representatividad de los intereses de todos que nuestro ordenamiento constitucional puede ofrecer. Ésta, que no hubiese sido mi lectura preferida de los materiales jurídicos, tampoco fue la escogida por los Ministros Peña y Bertelsen. De todas formas, estos últimos nos sirven de recordatorio que,

Así, la Ministro Marisol Peña disintió de la decisión de admitir el recurso a tramitación argumentando que el requerimiento no daba “*pleno cumplimiento* a las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional”<sup>54</sup>, y los Ministros Raúl Bertelsen y Marisol Peña disintieron de la decisión de declarar la admisibilidad del requerimiento argumentando que “a su juicio, se verifica la causal prevista en el numeral 6° del artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en relación con lo dispuesto en el inciso undécimo del artículo 93 de la Carta Fundamental, esto es, el requerimiento no contiene una impugnación razonablemente fundada o carece de fundamento plausible”<sup>55</sup>. La ética comunicativa requiere que, en el caso de desechar una solicitud de ser escuchado, aquel cuya demanda ha sido desatendida reciba al menos una explicación que identifique con *precisión y claridad* los argumentos por los cuales se ha optado por dicha alternativa, argumentos que a su vez han de ser ellos mismos *razonables*. Como sostiene Bruce Ackerman, al delinear el primer principio de justicia que constriñe los argumentos aceptables dentro del diálogo liberal, “cada vez que alguien cuestione la legitimidad del poder de otro, el titular del poder debe responder no suprimiendo al que interroga sino dándole una razón que explique por qué él tiene mejores derechos sobre el recurso en cuestión que el interrogador”<sup>56</sup>. En esas circunstancias, aseverar que el requerimiento “no contiene una impugnación razonablemente fundada o carece de fundamento plausible” es una afirmación particularmente ofensiva hacia la ética comunicativa; máxime en circunstancia que, en el caso en comento, los requirentes entregaron detalladamente las razones que les permiten sostener que el requerimiento “cumple con todos los requisitos legales establecidos taxativamente en el artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para que sea declarada admisible”<sup>57</sup>.

---

tal como en el caso del recurso de protección, y al margen de la rigurosidad de la argumentación jurídica que haya sido entregada, el rechazo a la tramitación era una opción plausible e imaginable. El pensamiento jurídico crítico ha enfatizado una y otra vez cómo la elección entre una u otra interpretación de los mismos textos jurídicos y de las mismas prácticas interpretativas constituye la rendija por la cual, consciente o inconscientemente, se cuegan nuestras valoraciones prejudiciales de los hechos en discusión. Para una de las elaboraciones de esta tesis, con particular énfasis en la dimensión retórica del razonamiento judicial, estrategias utilizadas por los jueces para demostrar la “necesidad jurídica de sus soluciones al margen de su ideología”, véase Kennedy, D., *A critique of adjudication: fin de siècle*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, 424 pp.

<sup>54</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-2011, *Voto de minoría del proveído que admite a tramitación el requerimiento en cuestión*, 4 de enero de 2011, fojas 10.

<sup>55</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-2011, *Voto de minoría del proveído que declara la admisibilidad del requerimiento en cuestión*, 26 de enero de 2011, fojas 55 a 56.

<sup>56</sup> Ackerman, *supra* nota 8, p. 4. Por supuesto, la propia *racionalidad* de las posibles respuestas constituye un asunto conceptualmente arduo, cuya discusión excede el alcance de este artículo.

<sup>57</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-2011, *Actuación de los recurrentes de protección haciéndose parte del requerimiento*, 7 de enero de 2011, fojas 14 a 16.

Debo añadir, en aras de la transparencia, que fui yo quien escribió dicha sección del escrito en cuestión.

## LA ETICIDAD COMUNICATIVA DE LAS PROPUESTAS DE UNIÓN CIVIL

La demanda por matrimonio igualitario canalizada mediante el proceso de adjudicación constitucional ha corrido en paralelo a una iniciativa alternativa: las propuestas de unión civil presentadas por el entonces Senador Andrés Allamand (RN) y por el Presidente Sebastián Piñera (RN) sobre pactos de unión civil.

Estas iniciativas engarzan con diversas propuestas legislativas presentadas en el mismo sentido con anterioridad<sup>58</sup>. Pragmáticamente, se distinguen de ellas en un sentido fundamental: ellas surgen desde el seno del sector político tradicionalmente percibido como resistente a las demandas reivindicativas de la diversidad sexual. El historial legislativo de la discusión sobre pactos de unión civil, ciertamente, confirma esta percepción: entre los quince parlamentarios que habían patrocinado con anterioridad proyectos orientados a establecer mecanismos de unión civil figura tan sólo un parlamentario de Renovación Nacional, Osvaldo Palma, y ninguno de la Unión Demócrata Independiente. Como militantes de Renovación Nacional y personeros del sector de dicho partido más proclive a posturas moralmente liberales, Andrés Allamand y Sebastián Piñera aportan a la discusión un historial personal relevante a la hora de evaluar el contenido comunicativo y la viabilidad política de estas iniciativas.

Los proyectos de unión civil buscan encontrar una salida intermedia a la situación de desprotección en que viven las parejas conformadas por personas del mismo sexo enfocándose en las aristas patrimoniales de esta situación. En efecto, la unión conformada por personas del mismo sexo carece de todo tipo de reconocimiento en materias de constitución de haberes comunes, hereditarias, de seguridad social, entre otras. El potencial de esta estrategia legislativa es reducir el potencial conflictivo de la discusión al dejar de lado explícitamente el aspecto más controversial de la demanda igualitaria, la paternidad o maternidad de las parejas del mismo sexo<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Véase Boletín 3283-18, *Fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo*, presentado el 10 de julio de 2003 por los diputados Enrique Accorsi (PPD), Gabriel Ascencio (PDC), Patricio Hales (PPD), Víctor Barrauto (PS), Antonio Leal (PPD), Osvaldo Palma (RN), Fulvio Rossi (PS), María Antonieta Saa (PPD), Carolina Tohá (PPD) y Ximena Vidal (PPD) (archivado el 4 de agosto de 2009); Boletín 5623-07, *Regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales*, presentado el 19 de diciembre de 2007 por el senador Carlos Bianchi (Independiente) (archivado el 17 de marzo de 2010, desarchivado el 15 de diciembre de 2010 a solicitud del senador Bianchi); Boletín 5774-18, *Regula la unión civil entre personas del mismo sexo*, presentado el 19 de marzo de 2008 por el diputado Marco Enríquez (PS) (archivado el 1 de junio de 2010); y Boletín 6735-07, *Establece un Pacto de Unión Civil*, presentado el 27 de octubre de 2009 por los diputados Marcos Espinosa (PS), Fulvio Rossi (PS), María Antonieta Saa (PPD) y Gabriel Silber (PDC) (actualmente en primer trámite constitucional).

A estas propuestas legislativas se suma el proyecto presentado por el MOVILH el 23 de septiembre de 2006, como resultado de un trabajo conjunto con académicos de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de la Universidad Diego Portales. Véase <http://www.movilh.cl/documentacion/pactounioncivil.pdf> (accesado el 18 de Septiembre de 2011).

<sup>59</sup> El precedente *—lato sensu—* más relevante que existe en nuestro sistema jurídico en materia de paternidad homosexual es el así llamado Caso Atala. Recordemos que el 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Temuco, la cual había confirmado la sentencia de primera instancia que otorgó la tuición de las menores M.L.A., V.L.A. y

¿En qué contexto surgen estas iniciativas? El proyecto del entonces senador Andrés Allamand inicia su argumentación invocando el antecedente contextual más importante: la existencia de una, por así decirlo, promesa de campaña por parte del Presidente Sebastián Piñera<sup>60</sup>, promesa todavía no cumplida al momento en que Allamand presentara su moción. La interpelación es directa, mencionando la presentación de un documento de trabajo por parte del "Comando de don Sebastián Piñera Echeñique", "previa revisión y aprobación personal del entonces candidato y actual Presidente de la República"<sup>61</sup>. A este cumplimiento vicario de compromisos se suma un claro fundamento ético, o como el proyecto señala, una "convicción: Que una sociedad democrática y de libertades exige reconocimiento y respeto por aquellas opciones de vida, que sin perjudicar a terceros, expresan la autonomía de la voluntad"<sup>62</sup>. En esa línea, el proyecto se presenta a sí mismo como un mecanismo para brindar "reconocimiento legal" a las "parejas homosexuales"<sup>63</sup>.

El proyecto también cita la opinión de dos personalidades, el "escritor Pablo Simonetti" y el "ingeniero Luis Larraín Steib", como "testimonios que deben ser tenidas (sic) en cuenta como antecedentes valiosos para el debate legislativo"<sup>64</sup>. La selección de dichos testimonios, sin embargo, suscita muchas interrogantes. ¿Por qué se menciona a dichas personas y no a otras? El observador atento de la deliberación pública en la materia conoce la causa próxima de dicha referencia: ambas personalidades han fundado recientemente una organización destinada a luchar por el matrimonio igualitario. Esto, desde luego, no agota la pregunta. ¿Por qué habiendo otras organizaciones similares se identifica a estas personalidades, por lo demás sin siquiera referenciarles en su calidad de organizadores o activistas? Esta es una pregunta que ya nos lleva a pasar del análisis del discurso al análisis crítico del discurso,

---

R.L.A. a su madre, Karen Atala Ríffo, argumentando que "la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual" "ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas" (Considerando 16°), puesto que dicha convivencia puede tener efectos "en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas" ya que "la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino" puede generarles una "confusión de roles sexuales" (Considerando 17°), y "situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social" dado "que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal" (Considerando 18°). Corte Suprema de Justicia, Cuarta Sala, Rol N° 1193-2003, *Sentencia Definitiva*, 31 de mayo de 2004.

La estructura discursiva de la sentencia de la Corte Suprema culpabiliza a Atala, en su Considerando 16°, y formula a continuación afirmaciones sobre los efectos de la paternidad homosexual carentes de respaldo. Revela, por esto, una actitud persecutoria o discriminatoria hacia las parejas del mismo sexo, lo cual llevó a su cuestionamiento en foros internacionales. Así, pocos días antes de escribir estas líneas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos escuchó alegatos en el caso *Atala v. Estado de Chile*, CDH-12.502/081, y se espera que su sentencia esté dictada en febrero de 2012.

<sup>60</sup> Véase Boletín 7011-07, *Regula la figura contractual denominada Acuerdo de Vida en Común*, presentado el 29 de junio de 2010 por Andrés Allamand (RN) (en primer trámite constitucional).

<sup>61</sup> *Id.*, p. 1.

<sup>62</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>63</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>64</sup> *Id.*, p. 3.



el cual somete a juicio las estructuras de poder que se revelan a través de las afirmaciones y omisiones de los hablantes<sup>65</sup>. En este caso, que un abogado de clase alta califique como testimonios relevantes los de dos ingenieros de clase alta revela una excluyente estructuración de clase de qué es considerado como relevante para el proceso deliberativo.

El proyecto enviado por el Presidente Sebastián Piñera presenta sutiles matices en su justificación respecto del proyecto enviado por Allamand, matices que se orientan a generalizar la propuesta y desvincularla del contexto del reconocimiento a las parejas del mismo sexo. El primer paso es presentarla como parte de “una serie de iniciativas y medidas destinadas a fortalecer y promover la familia”<sup>66</sup>, inspiradas por una “profunda convicción mayoritariamente compartida por la sociedad chilena” respecto “al valor fundamental de la familia” que no sólo “encuentra sus raíces y expresiones desde muy antiguo y en las más variadas culturas y tradiciones”<sup>67</sup>, sino que también “se encuentra debidamente reconocida y recogida en el cuerpo normativo fundamental del ordenamiento jurídico chileno, nuestra Constitución Política”<sup>68</sup>. Y si bien “la familia tradicional o nuclear (...) corresponde a la expresión más estable, duradera y anhelada de familia en Chile (...), existen otros grupos familiares, como los monoparentales, los de familias extendidas, los formados por las parejas de convivientes y aquellos formados por parientes consanguíneos”<sup>69</sup>. Es en esos términos como se pasa a discutir la propuesta en el acápite siguiente, titulado “Necesidad de regular la convivencia”<sup>70</sup>. Pero, a la luz del contexto de esta discusión, cabe preguntarse lo siguiente: ¿dónde están aquí discursivamente las parejas del mismo sexo? Están subsumidas dentro del grupo numéricamente mayor y más heterogéneo de las “parejas de convivientes”. Su aparición más significativa es por vía de negación o contraste, al reafirmar el acápite tercero el “Carácter heterosexual del matrimonio”<sup>71</sup>. Esta estrategia de ocultamiento de la problemática de las parejas del mismo sexo parece formar parte de la estrategia de minimización del conflicto encarnada en términos más generales por las propuestas de unión civil en sí mismas. El costo simbólico de ella, desde luego, es la invisibilización de las parejas del mismo sexo, en claro perjuicio de la construcción de la demanda por matrimonio igualitario que es, en última instancia, la meta que dicho sector se ha planteado. Por todo ello, esta invisibilización movida contraría el bien central de la ética comunicativa consistente en el reconocimiento del otro. En el contexto histórico de la democracia chilena postdictatorial, caracterizada por el gradualismo, esta estrategia es comprensible y valorable ya que cumple con los cuidados característicos de quien quiere maximizar la viabilidad de su propuesta. Así, el texto reproduce los dilemas éticos que según Weber son propios de la acción política<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> Sobre el análisis crítico del discurso, véase van Dijk, T., *Poder, Discurso y poder. Contribuciones a los estudios críticos del discurso*, Barcelona, Gedisa, 2009, 416 pp.

<sup>66</sup> Boletín 7873-07, *Proyecto de ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja*, enviado el 17 de agosto de 2011 por el Ejecutivo, p. 2.

<sup>67</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>68</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>69</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>70</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>71</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>72</sup> Véase Weber, M., *La política como profesión*, Madrid, Espasa Calpe, 1992, pp. 93-164.

LA ETICIDAD COMUNICATIVA DE LOS DEFENSORES DEL MATRIMONIO  
HETEROSEXUAL

Los textos mediante los cuales los opositores al matrimonio igualitario intervienen en la discusión pública reproducen simétricamente algunos de los desafíos a que se enfrentan los partidarios. En esto ambos grupos de documentos se alejan de la política transaccional perseguida por las propuestas de unión civil anteriormente analizadas. Pero al mismo tiempo que se abraza la posibilidad del conflicto, las prescripciones éticas surgidas del proceso deliberativo mismo desaconsejan al interventor emplear la violencia discursiva para enfrentarse al contradictor. ¿Cómo resuelven este desafío los defensores de la heterosexualidad del matrimonio?

Un primer grupo de textos está constituido por diversos proyectos de ley orientados a consagrar constitucionalmente el carácter heterosexual del matrimonio, iniciativas de segura inspiración en el debate norteamericano sobre la igualdad matrimonial. El estudio de los tres proyectos existentes en la materia es francamente deprimente: no sólo contrarían principios básicos de la ética comunicativa en los términos aquí formulados, sino que incluso vulneran preceptos mínimos de la gramática castellana. Debido al propósito de este artículo me limitaré a revisar la primera de estas falencias.

El primer proyecto, presentado por los senadores Francisco Chahuán (RN), Antonio Horvath (Independiente) y Baldo Prokurica (RN), parte afirmando que, "[l]amentablemente", los "cambios sustanciales en los ámbitos político, económico y social" experimentados por el país en los últimos treinta años culturales han estado acompañados por "una suerte de crisis en la vigencia y conceptualización de instituciones tan fundamentales como el de familia (sic) y el matrimonio, motivada por factores tan disímiles como la pérdida de valores, el influjo de la sociedad de consumo en la definición de los proyectos personales y de pareja"<sup>73</sup>. El primer acto del proyecto en cuestión, entonces, es caracterizar la discusión sobre matrimonio igualitario como el resultado de una crisis de los valores, acto de descortesía que linda en las fronteras de la violencia verbal. A continuación, y tras citar el Código Civil y un par de afirmaciones de autores carentes de relevancia argumental, el proyecto pasa a sostener que "[l]as especiales características del vínculo matrimonial están determinadas por su naturaleza antropológica y sagrada, de acuerdo a las creencias religiosas y por la importancia que esta institución tiene en el plano social". Así como la anterior cita viola las reglas del reconocimiento, esta última afirmación viola las reglas de la racionalidad invocando premisas ancladas en una trascendencia religiosa incommunicable para quienes no compartan la fe de sus autores. Consagran los autores su intervención colisionando frontalmente con la teoría de Nino sobre "el valor epistemológico [y moral] de la decisión tomada mediante un procedimiento mayoritario"<sup>74</sup>, calificando como una "fragilidad del instituto matrimonial" el hecho de que su regulación esté contenida en "leyes ordinarias,

<sup>73</sup> Boletín 7458-07, *Proyecto de reforma constitucional relativo al matrimonio heterosexual*, presentado el 19 de enero de 2011 por los senadores Francisco Chahuán (RN), Antonio Horvath (Independiente) y Baldo Prokurica (RN) (en primer trámite constitucional).

<sup>74</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 396.

esto es, de aquellas que para ser aprobadas, modificadas o derogadas, solo requieren de la concurrencia de la mayoría de los diputados y senadores asistentes a la sesión respectiva”<sup>75</sup>. Esta afirmación proyecta en nuevos ámbitos el proyecto constitucional autoritario<sup>76</sup>, cuya más genuina encarnación fuera la implementación de una *democracia protegida* mediante la Constitución de 1980.

El segundo proyecto fue presentado por los entonces senadores Andrés Chadwick (UDI) y Pablo Longueira (UDI)<sup>77</sup>. Este proyecto resulta de difícil análisis debido a que carece de toda estructura argumentativa. Consiste en una serie de afirmaciones, muchas de las cuales son reiteradas varias veces en los mismos términos a lo largo del proyecto, sobre la calidad estilística y conceptual del artículo 102 del Código Civil (“Pocas normas tan celebradas y recordadas tiene el Código Civil como la ubicada al inicio del título IV del Libro I dedicado al matrimonio, y que lleva el número 102”<sup>78</sup>; “La definición del Art. 102 del Código Civil, ‘solo puede calificarse de admirable’”<sup>79</sup>). A ello se suman afirmaciones que carecen de relevancia en la discusión (“Ha sido el Poder Judicial que (sic) le ha otorgado el carácter de normas de orden público a todas aquellas que se refieran al matrimonio como base de la familia”<sup>80</sup>), numerosas citas cuyos autores no se encuentran identificados (“El matrimonio se define como un vínculo entre un hombre y una mujer en el Código Civil y, por tanto, queda descartada de un modo absoluto la posibilidad que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio”<sup>81</sup>) y algunas de las cuales son francamente falaces (“El contenido del amor conyugal está dado por el ‘amor entre varón (persona y virilidad) y mujer (persona y feminidad),...’”<sup>82</sup>), así como un listado de libros que contienen la “doctrina de grandes autores del derecho, en que de un modo unívoco que el matrimonio (?) sólo puede ser entre un hombre y una mujer, como la imposibilidad absoluta del matrimonio entre personas del mismo sexo”<sup>83</sup>. El único esfuerzo dialéctico del proyecto consiste en mencionar cómo diversos parlamentarios de la Concertación han manifestado en el pasado su conformidad con el carácter heterosexual del matrimonio o bien se han simplemente abstenido de cuestionarlo<sup>84</sup>, movida argumentativa ofensiva en cuanto imputa a las parejas del mismo sexo responsabilidad por los actos u omisiones de los parlamentarios de la Concertación. Añadiendo insulto al daño, según se dice, el proyecto comete una grave falta con su audiencia al afirmar de sí mismo que “evita asumir posiciones religiosas o filosóficas,

<sup>75</sup> Bolelín 7458-07, *supra* nota 74, p. 3.

<sup>76</sup> Véase Muñoz, F., “Árbol Genealógico del Consejo de Estado: El Constitucionalismo Autoritario en Nuestra Historia”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. XVI, 2010, pp. 211-248.

<sup>77</sup> Bolelín 7656-07, *Proyecto de reforma constitucional en materia de matrimonio*, presentado el 17 de mayo de 2011 por los senadores Andrés Chadwick (UDI) y Pablo Longueira (UDI) (retirado de tramitación por los propios autores el 19 de mayo de 2011).

<sup>78</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>79</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>80</sup> *Id.*, p. 1.

<sup>81</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>82</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>83</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>84</sup> *Id.*, p. 4.

que habitualmente se fundan en preceptos dogmáticos o fundamentos carentes de razón”<sup>85</sup>. Como fundamento de esta afirmación el proyecto ofrece no razones y argumentos, sino que el índice bibliográfico de “grandes autores” ya mencionado; una estrategia tan basta que apenas si califica de argumento de autoridad. Si bien este proyecto fue retirado por sus propios autores dos días después de haber sido presentado, al poco tiempo fue presentado en los mismos términos por un grupo de parlamentarios compuesto por diez diputados de la UDI y uno del PDC<sup>86</sup>. Este proyecto no modifica en nada el original, conteniendo exactamente los mismos barbarismos gramaticales, la nula ilación argumentativa o narrativa y los reiterados argumentos de autoridad del proyecto Chadwick-Larraín.

Ninguno de los proyectos de reforma constitucional formula ningún gesto de reconocimiento hacia el grupo cuyos intereses considera que “no han sido tomados en consideración”<sup>87</sup>, esto es, las parejas del mismo sexo<sup>88</sup>. Similar falta se observa en los *amici curiae* hechos llegar al Tribunal Constitucional por diversas organizaciones y grupos de académicos opuestos al matrimonio igualitario. Así, por ejemplo, el Téngase Presente de Muévete Chile sostiene que el artículo 102 del Código Civil no discrimina a las parejas del mismo sexo porque su definición de matrimonio “es la misma que se aplica para todos, sin distinguir sexo ni orientación sexual”, por lo que “una persona que se declare homosexual sigue teniendo intacto su derecho a contraer matrimonio”<sup>89</sup>, argumentación que manifiestamente ignora y menoscaba las particularidades de la demanda por matrimonio igualitario y las características de la experiencia homosexual. Es más, se llega a calificar a esta última de vicio al afirmar que “el reconocimiento jurídico y legal de las parejas de personas homosexuales como una especie de matrimonio implica la construcción de un nuevo orden social caracterizado por el individualismo, centrando su atención exclusivamente en las ‘libertades individuales’ y obviando toda referencia antropológica”<sup>90</sup>.

Este último acto de descalificación moral es repetido por dos comparecientes que objetan el reconocimiento de las parejas entre personas del mismo sexo, por cuanto el matrimonio “no se funda solo en la mera satisfacción de los deseos individuales”<sup>91</sup> y que, afirmando que el reclamo por el matrimonio igualitario exhibe “la influencia exótica de la llamada ‘ideología de género’”, culpable de iniciativas que a los autores evidentemente les parecen absurdas (tales como “el reconocimiento en el derecho de familia de más de veinte

<sup>85</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>86</sup> Boletín 7869-07, *Reforma constitucional que establece que el matrimonio es entre un hombre y una mujer*, presentado el 16 de agosto de 2011 por los diputados Gonzalo Arenas, Romilio Gutiérrez, Gustavo Hasbún, Patricio Melero, Claudia Nogueira, Iván Norambuena, Enrique Van Rysselberghe, Felipe Ward, Mónica Zalaquett (UDI) y Jorge Sabag (PDC) (en primer trámite constitucional).

<sup>87</sup> Nino, *supra* nota 4, p. 394.

<sup>88</sup> Es más, ni siquiera se les menciona. Para estos parlamentarios, las parejas del mismo sexo no existen. Tan sólo existen los vahos que despierta su existencia: crisis moral, corrupción de las familias, decadencia.

<sup>89</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-2011, *Téngase Presente presentado por Muévete Chile*, 26 de julio de 2011, fojas 135.

<sup>90</sup> *Id.*, fojas 136.

<sup>91</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-2011, *Téngase Presente presentado por Julio Alvear e Ignacio Covarrubias*, 26 de julio de 2011, fojas 140.

identidades de género”), concluyen con una afirmación perentorísima: “La Constitución, y al paso la sociedad chilena, nada tienen que ver con este tipo de ideologías”<sup>92</sup>. La demanda de las parejas del mismo sexo, para estos autores, es ideología, falsa consciencia<sup>93</sup>.

Más descalificadorio aún es el *Téngase Presente* de la Organización no Gubernamental de Investigación, Formación y Estudios sobre la Mujer. Este documento afirma, sin profundizar en la veracidad de sus datos ni discutir las implicancias que ellos podrían tener, que “las personas homosexuales experimentan con más frecuencia que la población en general” una “salud más deteriorada”, “mayor tasa de enfermedades mentales” y “mayor tendencia al suicidio”<sup>94</sup>. Este lenguaje violento y descalificadorio, que no acaba allí, va acompañado por una abierta convocatoria a la destrucción simbólica de las parejas del mismo sexo, afirmando que “los homosexuales no deben ser sujetos de un trato moral distinto y ser consideradas (sic) una categoría per se”, a que esta “posición errada y discriminatoria (...) cierra toda posibilidad de revertir la tendencia, y se vuelve una actitud contraproducente(?)”<sup>95</sup>. Este texto también incurre en varias faltas de cortesía hacia el propio lector, al citar decenas de estudios de los cuales se ofrecen tan sólo apellidos y fechas, sin además explicar sus áreas disciplinarias, metodologías, conclusiones, o la aplicabilidad de éstas a la presente discusión. No es sorprendente, en consecuencia, que el Ministro Hernán Vodanovic haya afirmado explícitamente respecto a este informe que “ofende la dignidad humana y asigna al sujeto de una orientación sexual diversa, un trato vejatorio”<sup>96</sup>.

Más circunspecto que estas intervenciones es el *amici curiae* presentado por profesores de diversas universidades católicas. Este informe se limita a preguntarse “si la Constitución, al asegurar la igualdad ante la ley, obliga al legislador a abrir el estatuto matrimonial a uniones compuestas por hombres o por mujeres”, pregunta cuya respuesta afirmativa se da por probada al afirmar que existen exclusiones del estatuto matrimonial fundamentadas en “la función social y jurídica de la institución”, cual es “organizar la vida de los cónyuges para fundar una familia capaz de transmitir la vida y la cultura en un entorno estable, seguro y con roles diferenciados de paternidad y maternidad”<sup>97</sup>. Los autores de este texto establecen un principio imparcial sobre el cual elaboran su argumentación, pero correlativamente ni siquiera intentan hacerse cargo de proponer una salida alternativa a la demanda por protección legal planteada por las parejas del mismo sexo. Por ello, su capacidad de reconocer al otro —y por lo tanto su cumplimiento de los preceptos

<sup>92</sup> *Id.*, fojas 142.

<sup>93</sup> Es preocupante la conexión discursiva de este tipo de textos con otros derechamente persecutorios y anónimos. Véase <http://www.elmostrador.cl/opinion/2011/09/30/%E2%80%9Cmaricon-es-aquel-que-le-gusta-el-pico%E2%80%9D-crimen-e-imaginario/>.

<sup>94</sup> Tribunal Constitucional, Rol Nº 1881-2011, *Téngase Presente presentado por Organización no Gubernamental de Investigación, Formación y Estudios sobre la Mujer*, 27 de julio de 2011, fojas 212.

<sup>95</sup> *Id.*, fojas 213.

<sup>96</sup> Tribunal Constitucional, Rol Nº 1881-2011, Sentencia de 3 de noviembre de 2011, Disidencia del Ministro Hernán Vodanovic, II.3.

<sup>97</sup> Tribunal Constitucional, Rol Nº 1881-2011, *Opinión en Derecho respecto del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Corte de Apelaciones respecto del artículo 102 del Código Civil*, 28 de julio de 2011, fojas 341.

de la ética comunicativa— sigue considerablemente limitada, evidenciando las limitaciones inherentes a la ética de la imparcialidad planteada por Nino<sup>98</sup>.

Por último, cabe observar la vinculación reactiva de todas estas intervenciones con el proceso seguido ante la Corte de Apelaciones y el Tribunal Constitucional. Esta vinculación es directa en el caso de los *amici curiae* estudiados, que fueron presentados precisamente ante esta última sede. Pero también podemos inferir que ella existe en el caso de las propuestas de reforma constitucional; no sólo por las repercusiones de un triunfo de estas propuestas, que situarían la heterosexualidad del matrimonio más allá del ámbito de revisión del Tribunal Constitucional, sino también por el *timing* de estas propuestas, que inician su vida con posterioridad al anuncio el 4 de enero de la aceptación a tramitación de la consulta de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada por la Corte de Apelaciones. Un detalle, sin embargo, distingue a los dos grupos de documentos analizados, ya que a diferencia de las propuestas de reforma constitucional los *amici curiae* analizados ofrecen argumentos *communicables*, respetando así las reglas de la *racionalidad* discursiva y, algo no menor, de la gramática.

#### CONCLUSIÓN: LA ÉTICA INCLUSIVA DE LA TOMA DE DECISIONES

Este artículo ha hecho una breve incursión en el estudio de la retórica pública, esto es, en la utilización de aparatos discursivos con el propósito de persuadir a otros a adoptar un cierto curso de acción. Tal retórica representa la trasposición del diálogo o deliberación moral al proceso de toma de decisiones colectivas, con lo cual la retórica se revela a sí misma como la institucionalización del diálogo moral. Este proceso ha evidenciado cómo el estudio de la retórica pública integra reflexiones y estrategias analíticas provenientes de la teoría política, constitucional y discursiva. En este sentido, comenzar la discusión desde de la teoría de Nino me ha provisto de recursos conceptuales satisfactorios para confrontar estas diversas tareas.

Este análisis de la eticidad del proceso político chileno, desde luego, no acaba aquí. La resolución de los procesos de deliberación aquí estudiados, el requerimiento de inaplicabilidad contra el artículo 102 del Código Civil y los diversos proyectos de ley y de reforma constitucional en discusión, ofrecerá la posibilidad de someter a escrutinio ya no la deliberación sino la toma de decisiones misma. ¿Tomarán en cuenta dichas decisiones los intereses del otro, en este caso de las parejas del mismo sexo? Sólo el tiempo lo dirá.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1981.  
BURTON, A., O'SULLIVAN, T., *The Cinema of Basil Dearden and Michael Relph*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2009.

---

<sup>98</sup> Sobre el valor que Nino le asigna a la imparcialidad en el reconocimiento de los intereses de los otros, véase Nino, *supra* nota 4, pp. 395-396.

- BRENNAN, W., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, South Texas Law Review, vol. 27, 1986, pp. 433-454.
- CHAMOCHO, M.A., "El delito de sodomía femenina en la obra del padre franciscano Sinistrati D'Ameno, 'De sodomía tractatus'", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXX, 2008, pp. 387-424.
- DEVLIN, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.
- VAN DIJK, T., *Poder, Discurso y poder. Contribuciones a los estudios críticos del discurso*, Barcelona, Gedisa, 2009.
- ESCANDELL, M.V., *Introducción a la pragmática*, Barcelona, Editorial Ariel, 2006 (2ª edición).
- FOLDY, M., *The trials of Oscar Wilde: deviance, morality, and late-Victorian society*, Yale University Press, New Haven, 1997.
- GLENDON, M.A., *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991.
- GONZÁLEZ, C., "Sodomía en Chile decimonónico: el caso de Ramón Cifuentes y Belisario González, Iquique, 1884", en *Revista de Filosofía*, Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile, vol. XXIII, 2002.
- HART, H.L.A., *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.
- HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985.
- KENNEDY, D., *A critique of adjudication: fin de siècle*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- KOH, H. & SLYE, R. (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven, Yale University Press, 1999.
- MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL, *VIII Informe Anual: Derechos Humanos de la Diversidad Sexual Chilena (Hechos 2009)*, Santiago, 2010.
- MUÑOZ, F., "Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XII, 2006, pp. 115-129.
- MUÑOZ, F., "Árbol Genealógico del Consejo de Estado: El Constitucionalismo Autoritario en Nuestra Historia", en *Revista Ius et Praxis*, vol. XVI, 2010, pp. 211-248.
- NINO, C., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989 (2a edición).
- NINO, C., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1998.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Desarrollo Humano en Chile. El poder: ¿para qué y para quién?*, Santiago, 2004.
- NOVICK, P., *That Noble Dream. The "Objectivity Question" and the American Historical Profession*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- RAWLS, J., "Kantian Constructivism in Moral Theory", en *The Journal of Philosophy*, vol. LXXVII, 1980, pp. 515-572.
- SCHMITT, C., *The crisis of parliamentary democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1988.
- WEBER, M., *La política como profesión*, Madrid, Espasa Calpe, 1992.
- WOLFENDEN, J., *The Wolfenden Report: Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*, Stein and Day, New York, 1964.

#### CASOS

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol Nº 1193 (2003).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol Nº 6787 (2010).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol Nº 1881 (2011).