

# PARLAMENTOS VERSUS TRIBUNALES: ACERCA DE LA VOLUNTAD DE LA MAYORÍA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROYECTO DE LEY SOBRE LA UNIÓN CIVIL

Oscar Andrés PAZO PINEDA<sup>1</sup>

## RESUMEN

La existencia de cuestiones controvertidas no es novedosa en el derecho, menos aún en el derecho constitucional. En efecto, aspectos como el aborto, la eutanasia o el matrimonio entre personas del mismo sexo siempre han generado los más álgidos debates en cualquier sociedad que pueda ser calificada de democrática. Y la prueba de ello no solo se traduce en los argumentos –las más de las veces, opuestos– presentados en el debate, sino que también se advierte en la manera en cómo han sido resueltas estas disputas. Por ejemplo, en algunas oportunidades estas cuestiones han sido resueltas por los Parlamentos –por ejemplo, a través de la aprobación de un proyecto de ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo– o, en otras oportu-

nidades, han sido los tribunales los que han intermediado en la disputa –como cuando una Corte Constitucional declara que la unión de hecho solo entre parejas heterosexuales es inconstitucional por ser lesiva del principio de igualdad– a fin de brindar una solución, se entiendo definitiva, al aspecto controvertido.

La postura según la cual la legitimidad de las decisiones debe reposar en los parlamentos ha sido denominada como “constitucionalismo político”, y ha sido defendida fervorosamente por numerosos autores. Se trata, en buena cuenta, de aquellos que cuestionan la participación del poder judicial en la resolución de debates que se pronuncian sobre aspectos esencialmente controvertidos.

El constitucionalismo político postula que las cuestiones controvertidas deben ser resueltas por los parlamentos. Entre estos asuntos, evidentemente, también se encuentran involucrados los derechos fundamentales. Sin embargo, frente a la postura que refleja el constitucionalismo, un amplio sector de la doctrina ha indicado que los derechos fundamentales pertenecen a una suerte de “esfera de lo indecible”, por lo que su ámbito en el que debe regir su tutelaje podrían ser los tribunales de justicia.

1 Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Ricardo Palma y de los Cursos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de San Martín de Porres. Ha realizado estudios de especialización en Derechos Humanos en la American University Washington College of Law de los Estados Unidos, así como una estancia académica en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica. Actualmente se desempeña como Coordinador del Área Académica del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de San Martín de Porres.

## ABSTRACT

The existence of controversial issues is not new in the law, even less in constitutional law. Indeed, issues such as abortion, euthanasia or marriage between persons of the same sex have always generated the most heated debates in any society that can be described as democratic. And the proof of it not only leads to arguments-most of the time, opposite-presented in the debate, but also is seen in the way how these disputes have been resolved. For example, at times these issues have been resolved by the Parliaments-for example, through the adoption of a bill allowing marriage between same sex or, in other times, have been the courts that have mediated in the dispute-as when a Constitutional Court rules that law marriage only between heterosexual couples is unconstitutional as damaging the principle of equality, in order to provide a solution, means ultimately the controversial issue. The position that the legitimacy of decisions should rest in parliament has been called "political constitutionalism", and has been advocated by many authors fervently. It is in good account of those who question the involvement of the judiciary in resolving debates essentially silent on controversial issues.

Political constitutionalism posits that controversial issues should be resolved by parliaments. These issues, of course, are also involved fundamental rights. However, from the positions reflecting constitutionalism, a large segment of the doctrine stated that fundamental rights belonging to a kind of "sphere of the undecidable", so its area in which should govern his tutelage could be the courts.

## PALABRAS CLAVES

Tribunales – competencias – interpretación – tolerancia – creación – derechos fundamentales – reconocimiento constitucional – unión legal – matrimonio.

*Introducción*

Un reciente proyecto de ley presentado en el Congreso de la República ha reabierto el debate ya no solo a nivel parlamentario, sino que también ha involucrado a la sociedad en general. En efecto, el proyecto relacionado con la propuesta de Unión Civil entre Personas del mismo sexo (en adelante, la "Unión Civil") ha generado las más diversas opiniones en cuanto a su implementación. En algunos casos, las posturas contrarias han generado una saludable confrontación de ideas -indispensable en cualquier sociedad democrática-, mientras que, en otros, se han efectuado elaborado argumentos que, invocando el sistema democrático, han tergiversado la propuesta legislativa, o intentan desenfocar los puntos controvertidos.

El presente artículo tiene por propósito advertir, en el marco de las conocidas tensiones entre los parlamentos y los tribunales, cómo es que debería ser direccionado el debate en torno a la Unión Civil, esto es, qué argumentos podrían ser estimados cómo jurídicamente relevantes y cuáles intentan desvirtuar la propuesta legislativa con posturas que, invocando la existencia de un "gobierno de las mayorías" pretenden sustraer el debate en torno la posibilidad jurídica de la referida unión.

De este modo, en primer lugar, se hará una referencia general en torno a la situación actual del debate entre el rol de los Parlamentos y los Tribunales, lo cual ha permitido que, de una u otra manera, se pueda complementar el clásico concepto sobre lo que es "democracia". Así, la democracia como valor o procedimiento, también debería incorporar como premisa fundamental, según sostiene un sector de la doctrina, la indiscutible la protección de las minorías. En segundo lugar, se reflexionará respecto del rol que desempeñan los derechos fundamentales en un sistema democrático que, en principio, se orienta al respeto de la voluntad de las "mayorías parlamentarias",

siempre que actúen de conformidad con los preceptos constitucionales, al menos en una interpretación que pueda ser estimada como la más “correcta” posible según la perspectiva de los valores reconocidos en el ordenamiento constitucional peruano. Esto me permitirá enfocar el tercer punto, y cómo es que la doctrina ha intentado enfocar el debate respecto del rol de los tribunales a través de una posición “colaboracionista” por parte de los tribunales de justicia. Con estas premisas, se responderá a la inquietud sobre la viabilidad de someter a referéndum la propuesta legislativa sobre la Unión Civil, y también se brindarán argumentos que pretendan reorientar el debate sobre esta posibilidad.

### 1. *El constitucionalismo político y el rol de los parlamentos en una democracia*

La existencia de cuestiones controvertidas no es novedosa en el derecho, menos aún en el derecho constitucional. En efecto, aspectos como el aborto, la eutanasia o el matrimonio entre personas del mismo sexo siempre han generado los más álgidos debates en cualquier sociedad que pueda ser calificada de democrática. Y la prueba de ello no solo se traduce en los argumentos –las más de las veces, opuestos– presentados en el debate, sino que también se advierte en la manera en cómo han sido resueltas estas disputas. Por ejemplo, en algunas oportunidades estas cuestiones han sido resueltas por los Parlamentos –por ejemplo, a través de la aprobación de un proyecto de ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo– o, en otras oportunidades, han sido los tribunales los que han intermediado en la disputa– como cuando una Corte Constitucional declara que la unión de hecho solo entre parejas heterosexuales es inconstitucional por ser lesiva del principio de igualdad– a fin de brindar una solución, se entiende definitiva, al aspecto controvertido.

La postura según la cual la legitimidad de las decisiones debe reposar en los parlamen-

tos ha sido denominada como “constitucionalismo político”, y ha sido defendida fervorosamente por Richard Bellamy. Del mismo modo, es posible encontrar una persuasiva argumentación en la obra de Jeremy Waldron. Se trata, en buena cuenta, de autores que cuestionan la participación del poder judicial en la resolución de debates que se pronuncian sobre aspectos esencialmente controvertidos. Por ejemplo, según esta postura, cuestiones como la aprobación de la unión civil no pueden ser dejadas a discreción de los tribunales de justicia –como podría serlo el Tribunal Constitucional–, sino que solo pueden ser resueltas por los parlamentos a través de la aprobación de leyes, en tanto las mismas reflejan la voluntad de la mayoría democrática. Como refiere Francisco Laporta, también el cuestionamiento a la primacía de la Constitución radica en que “sea un grupo de jueces no elegidos democráticamente, un grupo de sabios, el que imponga sobre el órgano legislativo una decisión o una limitación. Es, creo, lo que tradicionalmente se ha entendido como objeción contra mayoritaria”<sup>2</sup>. Si este grupo de jueces, como ocurre en el caso peruano con el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional (aunque la objeción no es tan fuerte en este último caso, al ser elegidos por los representantes de la población) no es elegido directamente por el pueblo, entonces la legitimidad que ostentarían para resolver aspectos esencialmente controvertidos –como sería el caso de la unión civil– es ciertamente menor, por lo que deberían dejar que estos asuntos sean resueltos por los genuinos representantes de la voluntad popular que se encuentran en el Parlamento. En consecuencia, el proyecto legislativo, según esta posición, no debería ser ventilado o resuelto por los tribunales aun frente a una alegada situación de inconstitucionalidad. Dentro de la idea que resuelvan los parlamentos estas disputas se encuentra presente la vieja confianza en el legislador democrático, postulado propio de la revolución

2 Laporta, Francisco. *El Imperio de la Ley: una visión actual*. Editorial Trotta. (2007), p. 222.

francesa, y que evidencia que “el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo; y es tal porque encarna en sí la voluntad general del pueblo o de la nación. Se explica así que la Declaración de derechos agote el sistema de garantías en el envío obligado a la ley”<sup>3</sup>.

Diversos argumentos respaldan esta postura. Por ejemplo, los defensores del constitucionalismo político sostienen que no existe otra manera de reflejar la convicción respecto de ciertos valores que no sea la voluntad de la mayoría. Andrea Greppi indica que “la legislación es necesaria cuando no existen acuerdos unánimes sobre cómo actuar, esto es, cuando aparece un desacuerdo persistente acerca de cuál debe ser el curso de acción común. En esos casos es el procedimiento legislativo el que hace la diferencia”<sup>4</sup>. Esta posición, de cierto modo, otorga un rol relevante al rol de la regla de las mayorías, ya que concibe que los tribunales también padecen de los mismos defectos que le son atribuidos a los parlamentos, esto es, la idea que los tribunales tampoco resuelven cuestiones por unanimidad, y que, además, en algunos casos los tribunales pueden operar en contra de los propios derechos fundamentales. En efecto, este último punto ha sido ejemplificado con el conocido caso *Lochner vs. Nueva York*, fallo en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos declaró que una ley que establecía límites en el horario de trabajo en las panaderías no era compatible con la Constitución. De esta manera, se demostraría que, ante la falta de certeza y de “soluciones correctas” en la administración de justicia, solo los parlamentos podrían dar garantía de la adopción de soluciones que sean compatibles con el sistema democrático, ya que lo contrario supondría otorgar valor a un pronunciamiento que ni respeta la regla de

las mayorías, ni que, además, tutela derechos fundamentales.

Del mismo modo, la sola idea de hacer referencia a conceptos esencialmente controvertidos ha sido tomada en cuenta para tratar de devolver el debate principal al Congreso de la República. Al respecto, Ferreres Comella ha mencionado que la “controvertibilidad interpretativa que plantea un texto constitucional es variable. Bajo una misma Constitución, hay casos que plantean menos dudas interpretativas que otros. Cuanto más controvertida es la cuestión constitucional a resolver, más problemática es la institución del control judicial”<sup>5</sup>. Bajo este argumento, se estima que, al ser la unión entre parejas homosexuales un asunto especialmente controvertido –debido a que, según se menciona, no existirían consensos en esta materia– lo más conveniente sería que sea un órgano con legitimidad directa el que determine si es que esa regulación es o no procedente. También implica que no es el Poder Judicial el llamado a determinar el ámbito de los derechos fundamentales, sino que deja esencialmente esa labor al legislador, sin que pueda sobre pasar el producto de su creación. Por ello, al ser la unión entre parejas homosexuales un asunto especialmente controvertido, no correspondería que sean los tribunales los que decidan sobre su compatibilidad con los principios y valores reconocidos en la Constitución.

Otro argumento que se ha presentado en contra de la labor de los tribunales se ha encontrado en la obra de Richard Bellamy. Este autor sostiene que “las legislaturas pueden alegar que representan las perspectivas y la experiencia de todos los ciudadanos en estas cuestiones. Por el contrario, la necesidad de decidir cuestiones constitucionales en un caso concreto supone que no todas las partes interesadas estarán en el tribunal, por mucho

3 Fioravanti, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta. 6a. ed. 2009, p. 73.

4 Greppi, Andrea. *La Democracia y su contrario*. Madrid: Editorial Trotta. 2012, p. 122.

5 Ferreres Comella, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2012, p. 45.

que haya juicios con múltiples partes enfrentadas<sup>6</sup>. Con este argumento, se alegraría que los parlamentos son los mejor posicionados para resolver sobre los asuntos de relevancia pública, toda vez que cuentan con un mejor aforo y sus debates serían más abiertos al público, el cual incluso hace valer su voluntad, en muchos casos, a través de sus representantes. Desde esta perspectiva, como se examinará más adelante, el hecho de que se hayan presentado un millón de firmas para que no se apruebe el proyecto sobre unión civil, sería un claro ejemplo de cómo es que la ciudadanía desea actuar y hacer valer una opinión, la cual sería, según este esquema, muy relevante a los efectos de tomar una decisión.

Asimismo, en el caso de la unión civil, los defensores del constitucionalismo político delegarían el debate al parlamento, y no permitirían que ni el Poder Judicial ni el Tribunal Constitucional emitan un pronunciamiento sobre un punto esencialmente controvertido – para algunos– en una sociedad democrática. En este caso, debido a que resultaría difícil identificar un valor o principio que tutele el derecho de las parejas homosexuales a formar una familia, la solución no podría estar en manos de los tribunales, sino que solo podría ser resuelta dicha cuestión a través de la regla de la mayoría, único postulado incontrovertible en esta postura, al ser muy difícil encontrar consensos en una sociedad marcadamente pluralista. No es esta, sin embargo, una postura inusual. De manera reciente nuestro Tribunal Constitucional ha aplicado esta doctrina en un fallo sobre un pedido de cambio de sexo en un documento de identidad de una persona transexual. En dicho fallo el Tribunal indicó que:

“[d]e esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría el prin-

cipio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de corrección funcional (cf. STC 5854-2005 - PA/TC, fundamento 12), pues tal matrimonio –en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil– debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes<sup>7</sup> (énfasis nuestro).

Como se puede advertir, uno de los fundamentos por los cuales el Tribunal rechaza la modificación del cambio de sexo en el documento nacional de identidad del solicitante radica en que, según su criterio, se estaría reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. No será este el espacio en que manifestemos nuestra conformidad o disconformidad con la postura del Tribunal. Lo que se desea es plantear que en diversos casos los propios tribunales han aplicado posiciones de *self-restraint*, con el propósito de dejar el debate en manos de los parlamentos, lo cual sería asumir, al menos en principio, que estos son los órganos que cuentan con el respaldo democrático suficiente como para poder pronunciarse en esta materia. Si para el Tribunal Constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo es una cuestión que solo puede ser analizada por el legislador democrático, ello da a entender que, en caso se someta una petición sobre este asunto al Tribunal Constitucional, lo más probable es que este órgano mencione que carece de competencia para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión. Así mismo, permite colegir que la unión civil sería una materia sobre la cual no podría pronunciarse, y tampoco podría indicar si es que se trata o no de una cuestión constitucional que *obligatoriamente* debe ser regulada por el legislador.

Esta línea es la que también ha adoptado el Tribunal Constitucional español cuando se

6 Bellamy, Richard. *Constitucionalismo político*. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2010, p. 48.

7 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00139-2013-PA/TC, fundamento 36.

ha pronunciado sobre un recurso de inconstitucionalidad que pretendía que se declare la inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, el cual había sido incorporado en el *Código Civil* de dicho país. En sus fundamentos, el Tribunal, aparte de dotar de cierta legitimidad a la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, también se refiere a las amplias posibilidades que tiene el legislador democrático para regular esta clase de situaciones:

[p]or tanto, lo que hace el legislador *en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución* es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la Ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio<sup>8</sup> (el énfasis es nuestro).

En el referido fallo, el tribunal español concede un generoso amplio de análisis al legislador democrático, y no cuestiona o rebate su decisión de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto se desprendería del amplio margen de libertad con el que contaría el legislador para regular lo relacionado al derecho a formar una familia. De esta forma, al menos en el caso peruano, no sería el Tribunal Constitucional el que resuelva la interrogante en relación con el matrimonio homosexual o la posibilidad de la unión civil. El debate, en consecuencia, está en manos del Parlamento<sup>9</sup>. Restaría determinar cómo ope-

ran los derechos fundamentales frente a las mayorías reflejadas en los congresos.

## 2. *Los derechos fundamentales como derechos contra-mayoritarios*

El constitucionalismo político postula que las cuestiones controvertidas deben ser resueltas por los parlamentos. Entre estos asuntos, evidentemente, también se encuentran involucrados los derechos fundamentales. Sin embargo, frente a la postura que refleja el constitucionalismo, un amplio sector de la doctrina ha indicado que los derechos fundamentales pertenecen a una suerte de “esfera de lo indecible”, por lo que su ámbito protegido no depende de lo que decidan o no las mayorías parlamentarias, sino que valen y son eficaces por lo que efectivamente son y por lo que representan para la sociedad. Y es que, precisamente porque nos encontramos en una sociedad pluralista, no resulta posible negar los derechos de los grupos minoritarios. Según esta postura, cuestiones como la unión civil no necesariamente debe ser debatida en el marco del debate en el Congreso de la República, sino que, al tratarse de derechos fundamentales, también podrían ser tutelados por los tribunales.

Este planteamiento parte de la premisa que los tribunales de justicia son indispensables en cualquier sociedad democrática, ya que se trata de órganos que deben proteger los derechos fundamentales de los grupos minoritarios. De esta manera, estos derechos vendrían a operar, como ha sostenido Luigi Ferrajoli, como una suerte de “ley del más débil”, por cuanto intentan tutelar posiciones subjetivas frente al Estado y el resto de la sociedad, y cuyo contenido protegido vale *per se* y no por lo que eventualmente pueda decidir la mayoría en el marco del debate en el Congreso de la República. Esta postura también parte de

8 Tribunal Constitucional de España. Sentencia 198/2012, fundamento 11.

9 Evidentemente, no se trata de una postura que muestre una adherencia valorativa. No mostraremos en

esta publicación alguna suerte de conformidad o disconformidad con esta situación, ya que se trata solamente de una exposición de hechos.

la premisa que las “constituciones, normas supremas y generalmente rígidas, petrifican cuanto incorporan a su texto, de manera que su contenido queda a salvo incluso del poder mayoritario expresado en la ley. De ahí que la idea de vinculación o sujeción de todos los poderes públicos se repita insistentemente en la Constitución” [...]”<sup>10</sup>.

No es inusual que los tribunales de justicia intervengan incluso frente a la voluntad de los grupos mayoritarios. En realidad, un amplio sector de la doctrina estima que se trata incluso de una obligación de los jueces, toda vez que la deliberación parlamentaria obedecería mayormente a criterios de oportunidad y conveniencia y no necesariamente en función de los derechos. Es así que, de advertir los juzgadores que existe una vulneración de derechos fundamentales, se encuentran en el deber de intervenir a fin de garantizar la protección de las referidas libertades. En el caso especial de la unión civil, los tribunales de justicia -entre ellos, el Tribunal Constitucional-, sí contarían con legitimidad para declarar que, por ejemplo, las regulaciones legales que reconocen la posibilidad de formar una familia sólo a parejas heterosexuales puedan ser consideradas como discriminatorias.

### 3. *Una posibilidad jurídica armonizadora: la postura colaboracionista de los tribunales*

Ahora bien, hasta este punto se ha examinado cómo es que los parlamentos y los tribunales se encuentran en una situación de perenne tensión, sobre todo en lo que se relaciona a la resolución de cuestiones esencialmente controvertidas. Sin embargo, un sector de la doctrina estima que no existe un conflicto entre ambos entes del Estado, ya que el rol de los tribunales sería la de “colaborador” del Congreso. Si bien se podría presumir, de esta

manera, que se otorgaría una suerte de primacía a la voluntad parlamentaria, la postura “colaboracionista” permite que el Poder Judicial no permanezca inactivo, y que también vele por la “actualización” del texto constitucional. Esta postura encuentra en Lawrence Sager a un destacado exponente. Para este autor, los

jueces no son meramente, ni siquiera principalmente, seguidores de instrucciones [...]. Los jueces establecen una relación de colaboración con las generaciones constituyentes que participaron en la elaboración del texto constitucional en el momento fundacional [...]. La tarea del juez constitucional consiste en aplicar normas constitucionales muy generales a casos concretos [...]”<sup>11</sup>.

Según esta postura, lo que hacen los tribunales es adecuar la conocida generalidad de las disposiciones jurídicas a casos muy concretos. En el caso particular de la unión civil, serían los jueces los llamados a determinar si es que la cláusula genérica que protege el derecho a la protección de la familia permite o no el reconocimiento de las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Por ejemplo, el artículo 4 de la Constitución establece que:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. *También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad* (el énfasis es nuestro).

De esta manera, correspondería a los jueces si la expresión “protegen a la familia” genera en el Estado el deber constitucional de reconocer a las uniones familiares conformadas entre personas del mismo sexo. Esto es,

10 Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta. 2013, p. 215.

11 Sager, Lawrence. *Juez y Democracia*. Editorial Marcial Pons. Impreso en Madrid, España (2007), p. 35.

sin entrar a debatir la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo –que no es lo que aquí se debate–, los tribunales tendrían que determinar si es que existe una obligación de tutelar las uniones conformadas entre parejas del mismo sexo, y, de esta forma, complementar o completar el supuesto de hecho genérico y abstracto que se encontraría en el artículo 4 de la Constitución.

Ahora bien, creemos que el conflicto permanecería si es que el Congreso actual manifestara, a través de la mayoría parlamentaria, su desacuerdo con la aprobación de la ley sobre unión civil, toda vez que, si un juez sí compartiera su promulgación, se podría advertir nuevamente la existencia de un conflicto entre estos órganos del Estado. Sin embargo, no pareciera ser este el problema de fondo.

Ahora bien, conviene efectuar una precisión en torno a esta postura denominada “colaboracionista”. Como hace recordar Andrea Greppi, la “legitimidad de las decisiones tomadas por mayoría, en un sistema constitucional, depende de que se aproximen a la *mejor interpretación posible* del conjunto de principios que sirven de fundamento al propio sistema. Vistas así las cosas, jueces y mayorías no pueden estar nunca en competencia”<sup>12</sup> (cursivas son del original). Esto es, esta postura admite que incluso las posiciones que adopta el legislador no siempre son las correctas, al menos desde una perspectiva constitucional. De esta manera, sería válido que los tribunales se aparten de la intención del legislador si es que es elevadamente posible sostener que la disposición legislativa atenta contra alguno de los derechos o principios contenidos en la Constitución. Por ejemplo, si un juez estimara que existe una intervención de intensidad grave en el derecho fundamental a la igualdad, debido a que la orientación sexual podría ser estimada como una “categoría sospechosa”, y, sobre este

argumento, estime que no existe un interés contrapuesto que el Estado deba proteger, lo que ocurriría sería que ese juez estime que existe un deber constitucional de proteger a las uniones entre parejas homosexuales, e intervenga a fin de tutelar esos derechos fundamentales.

Las soluciones en relación con este punto tampoco es que sean de carácter absoluto, esto es, que hagan primar la voluntad del Parlamento o la de los juzgadores. Existen también posturas que intentan ofrecer soluciones mixtas, las cuales permitan la participación de ambos agentes en la determinación del contenido de la Constitución. Por ejemplo, Sebastián Linares sostiene que, si bien el Congreso debe tener siempre la última palabra, las cortes deberían tener la posibilidad de emitir una declaratoria de inconstitucionalidad, la cual puede generar que la propuesta sea debatida nuevamente en el Congreso de la República y que, en caso sea rechazada, pueda incluso ser nuevamente cuestionada si es que entra en operaciones un nuevo Parlamento, la cual debería evaluar si ratifica o no la decisión del Congreso anterior<sup>13</sup>. Tampoco han faltado posturas que han intentado rediseñar el concepto de “democracia” en función de los derechos fundamentales. Sobre este punto, Luigi Ferrajoli ha mencionado que “en este sistema de normas metalegales destinadas a los poderes públicos y ante todo al legislador, consiste la Constitución: se trata de la convención democrática acerca de lo que es indecidible para cualquier mayoría, o bien por qué ciertas cosas no pueden ser decididas, y por qué otras no pueden no ser decididas”<sup>14</sup>.

Esto supondría que asuntos relacionados con los derechos –como la posibilidad de formar una familia– no son cuestiones que deban ser abordadas por el legislador ordinario, el cual, en caso desee intervenir, solo lo puede

12 Greppi, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, p. 34.

13 Cf. Linares, Sebastián. *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008, p. 225.

14 Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta. 2a. ed. 2010, p. 31.

hacer en aras de dar una adecuada regulación del ejercicio de ese derecho fundamental, mas no para su postergación *sine die*.

#### 4. *La posibilidad jurídica del referéndum en el caso del proyecto sobre la Unión Civil*

El artículo 32 de la Constitución establece que “[n]o pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor”.

En virtud de la referida cláusula constitucional, en unas declaraciones ante la prensa el Cardenal Juan Luis Cipriani ha propuesto que el proyecto de ley sobre la Unión Civil sea sometido a la aprobación popular a través del referéndum. Frente a esta solicitud, un sector de la doctrina ha sostenido que dicho pedido sería inconstitucional, por cuanto no podría someterse a referéndum una cuestión relacionada con un derecho fundamental, que podría ser el derecho a formar una familia. Por otro lado, otro considerable sector ha sostenido que esta posibilidad es válida, toda vez que no se estaría técnicamente ni “suprimiendo” o “disminuyendo” el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, ya que, por el contrario, se trataría de una extensión o el reconocimiento de nuevas posiciones iusfundamentales a un sector de la población, lo que no constituiría una restricción.

En lo particular, estimo que la primera posición es la correcta. Es cierto que se podría argumentar que el debate en torno a la unión civil técnicamente no estaría “suprimiendo” o “disminuyendo” derechos fundamentales, por cuanto la ley lo que buscaría precisamente es reconocer o extender el ámbito constitucionalmente protegido del derecho de formar una familia a las personas homosexuales. Sin embargo, la cuestión es mucho más compleja que eso. En efecto, la situación actual de las

parejas homosexuales refleja la existencia de una laguna de la ley, por cuanto las situaciones relacionadas a la vida en pareja de estas personas no son reconocidas por el ordenamiento jurídico. Ello supone que una unión afectiva entre dos hombres o dos mujeres no sería amparada ni generaría consecuencias jurídicas en el ordenamiento peruano, mientras que una unión heterosexual -que incluso no sería en todos los casos afectiva, como ocurre en los matrimonios que permiten que una de las personas obtenga la residencia en un país- puede ser amparada por el ordenamiento sin preguntarse si es que acaso existe o no una unión de carácter afectivo. Se trata, pues, de una constante denegación de acceso a la protección a través del derecho, más aún si partimos de la premisa, como han sostenido distintos tribunales, de que el concepto de familia es flexible y evoluciona con la misma sociedad.

Ello genera la siguiente pregunta: cuando la Constitución establece que no pueden ser sometidas a referéndum cuestiones que atañen a los derechos fundamentales, ¿también hace referencia a cuestiones relacionadas a grupos históricamente discriminados que actualmente son excluidos de derechos por el ordenamiento? Si la respuesta fuera afirmativa, entonces los parlamentos podrían, a través del voto mayoritario, mantener en la opresión a un grupo desfavorecido históricamente. No parece ser la *ratio* de la norma. Desde el momento en que nuestra Constitución ha regulado una cláusula que impide que los derechos sean sometidos a referéndum, es porque mantiene una visión de que su reconocimiento no depende necesariamente de la voluntad de las mayorías, sino que operan como valores en sí mismos, y no dependen, en cuanto a su validez, de la conformidad de la voluntad popular.

En este sentido, admitir que se puede someter a referéndum una cuestión de postergación de derechos en contra de grupos históricamente desfavorecidos, va inevitablemente en contra del propósito que busca el

propio texto constitucional, que es resguardar el contenido de los derechos fundamentales de la voluntad mayoritaria. Lo que en todo caso debe debatirse es si existe o no un derecho fundamental o un principio involucrado en el pedido de la unión civil, que parece que efectivamente existe desde el momento en que las parejas homosexuales no cuentan con una posibilidad jurídica de que su unión afectiva sea reconocida por el derecho, lo cual forma parte del derecho fundamental a la formación de una familia.

Por ello, la Constitución Política, si se toma los derechos en serio, tampoco debería permitir que sean sometidas a referéndum cuestiones como la postergación, legitimada por el voto popular, en el acceso a derechos fundamentales. Se trata de un supuesto no consagrado explícitamente en la Constitución, pero que, sin embargo, no parece ser opuesta a su espíritu. Por ello, el referéndum respecto de la unión civil es inviable desde el punto de vista constitucional. El debate, en consecuencia, debe centrarse sobre la posibilidad jurídica de reconocer una tercera modalidad de unión en nuestro ordenamiento que no se deriva -al menos textualmente- de nuestro texto constitucional, el cual, en principio, pareciera proteger la unión celebrada entre un hombre y una mujer.

##### 5. *¿Cómo debe enfocarse el debate sobre la Unión Civil?*

Como podemos advertir, el debate sobre la unión civil ha sido enfocado desde la óptica de las mayorías. La mayor parte de crítica no busca perfeccionar el proyecto o cuestionarlo por razones técnicas, sino que pretende ampararse en una sobrevalorada noción, cual es la voluntad de la mayoría. Es cierto que, en todo caso, tampoco la misma debería ser despreciada, pero no representa, por sí misma, un argumento con el suficiente valor como para poder postergar el ejercicio de un derecho fundamental.

Ahora bien, recientemente se ha presentado un documento que, respaldado por un millón de firmas, pretende evitar la aprobación del proyecto de ley sobre la Unión Civil. Evidentemente, dentro del proceso legislativo peruano no existe alguna disposición que prohíba la aprobación de una ley si es que se recaba un número determinado de firmas. Esto es, no existe una suerte de "iniciativa legal negativa" de las propuestas, lo cual buscaría que se evite la aprobación de un proyecto de ley. Nuestra Constitución tampoco nada dice al respecto. En consecuencia, la presentación de un documento que un millón de firmas ostenta un mecanismo de presión política, que busca resaltar que la posición mayoritaria de la población es en contra de la unión civil, situación sobre la cual se intenta dejar constancia. Nuevamente se puede apreciar cómo es que el debate sobre esta propuesta legislativa no se conduce desde el punto de vista técnico, sino que pretende sustraer las razones en favor o en contra de la unión civil con el argumento de que resulta inconstitucionalmente inviable cuestionar la voluntad mayoritaria.

Al respecto, el jurista Hans Kelsen ha mencionado que

la voluntad de la comunidad es siempre creada a través de una discusión entre mayoría y minoría y de la libre consideración de los argumentos en pro y en contra de una regulación determinada. Tal discusión no solamente tiene lugar en el parlamento, sino también, y sobre todo, en reuniones políticas, periódicos, libros y otros vehículos de la opinión pública<sup>15</sup>.

En efecto, la construcción de un sistema democrático se forja a través de la libre discusión de propuestas. De no existir una abierta confrontación de propuestas entre el sector que se encuentra a favor y el que se encuentra

15 Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México. 4a. reimpresión. 1988, p. 341.

en contra de la unión civil, el proyecto de ley será desaprobadado por motivos muy distintos a los de carácter técnico, que son los que deberían primar en iniciativas legislativas relacionadas con el goce y ejercicio de derechos fundamentales, más aun cuando se trata de grupos desfavorecidos. Es así que el rechazo de la propuesta de unión civil únicamente haciendo referencia a la voluntad mayoritaria (a través de un documento que expresaría la disconformidad de un amplio sector de la población) posee ciertamente un impacto político considerable, mas no es un argumento que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, deba ser tomado en cuenta al momento de decidir si resulta viable o no dicha regulación legal.

En una línea similar, Norberto Bobbio ha sostenido que

cuando se desea conocer si se ha dado un desarrollo de la democracia en un determinado país, se debería investigar no si aumentó o no el número de quienes tienen derecho a participar en las decisiones que les atañen, sino los espacios en que pueden ejercer esos derecho<sup>16</sup>.

Para el jurista italiano, la democracia no depende del número de personas que participan en el debate democrático, sino en la posibilidad que tienen de participar en otros ámbitos que no solo deben ser reducidos al parlamentario. Por ello, resulta viable que la ciudadanía pueda hacer su opinión en los distintos foros de opinión a fin de dar los argumentos respectivos que permitan ya sea aprobar o rechazar la unión civil. Sin embargo, de no existir estos espacios de diálogo, si el espacio es sencillamente limitado y los actores sociales no tienen posibilidades reales de hacer valer su opinión, definitivamente la iniciativa legislativa quedará nuevamente al

16 Bobbio, Norberto. *El futuro de la Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica. 7a. reimpresión. 2012, p. 35.

arbitrio de las mayorías, sin que existan argumentos convincentes que, amparados en los valores y principios que nuestra Constitución reconoce, puedan determinar la procedencia o improcedencia de la unión civil.

Sin embargo, independientemente de ello, debe recordarse que la idea de pluralismo e inclusión es propia de un sistema democrático. Al respecto, Gustavo Zagrebelsky ha indicado que

si la Constitución reflejase una sola idea simple [...] e ignorase todas las demás [...], sería, desde luego, directa y lógica pero escasamente inclusiva, y no sería capaz de dirigir una sociedad pluralista. Sería clara, pero no selectiva; unívoca, pero no parcial; y, además, unilateral y opresora de la otra parte<sup>17</sup>.

Las democracias deben partir de un compromiso, en el que se debe tratar a las personas de forma igual, y que las cortes puedan invalidar aquella legislación que no cumpla o que sea incompatible con dicho pacto<sup>18</sup>. El problema radica, como menciona Moreso, en que

consideramos valioso el pluralismo, aunque comporta una discrepancia sobre cómo debemos enfocar nuestra vida en común. Lo que, a su vez, conlleva la tentación de considerar las convicciones morales de cada uno como un ámbito opaco a las razones de los demás<sup>19</sup>.

## 6. Conclusiones

El debate en torno a la unión civil entre personas del mismo sexo ha sido tergiversado

17 Zagrebelsky, Gustavo. *La ley y su justicia*. Madrid: Editorial Trotta. 2008, p. 120.

18 El argumento se encuentra relacionado a las posturas de Ronald Dworkin. Se encuentra en: Tushnet, Mark. *Constitutionalismo y Judicial Review*. Lima: Editorial Palestra. 2013, p. 94.

19 Moreso, José Juan. *La Constitución: Modelo para armar*. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2009, p. 23.

por distintos motivos. Quizás el más grave sea el que pretende sustraer los motivos que estarían a favor o en contra de las razones para aprobar el proyecto debido a la existencia de una aparente "voluntad mayoritaria" que no se encuentra de acuerdo. Sin embargo, el sistema democrático no debe permitir que los asuntos sean sustraídos del debate público por la sola existencia de la voluntad de las mayorías. En efecto, los derechos fundamentales, en tanto límites a la actividad del legislador, exigen que el debate sea en función de razones o motivos de índole constitucional y no en función de la presencia de sectores contingentes de la so-

cialidad que muestran su desaprobación a una iniciativa legislativa.

Es por ello que cuestiones como la posibilidad de someter a referéndum la aprobación de la unión civil, o el hecho que se hayan presentado un millón de firmas que se encuentran en contra de la aprobación de la referida iniciativa legislativa, no deben ser factores determinantes para postergar un debate que ha sido asumido en serio en otros países, y que se relaciona con el reconocimiento de derechos a un sector de la población que ha sido históricamente desplazado de la políticas públicas creadas por el Estado peruano.