

LAS “UNIONES DEL MISMO SEXO” Y EL PROBLEMA
DEL POSITIVISMO LEGAL: UNA PERSPECTIVA
DESDE ESTADOS UNIDOS (y II):
VICTORIAS LIBERALES Y REVIRTIENDO LA DERROTA

POR

CHRISTOPHER A. FERRARA (*)

II. VICTORIAS LIBERALES

A. El fallo de Hawái y el Federal y el Estado de DOMA

En 1993 la Ley Suprema Corte de Hawái legalizó el «matrimonio del mismo sexo» en ese estado (1). El escándalo nacional subsiguiente impulsó al Congreso a aprobar la *Defense of Marriage Act* (DOMA), Ley de Defensa del Matrimonio en 1996. La DOMA busca limitar la extensión del reconocimiento del «matrimonio gay» a nivel estatal, al establecer que un Estado no tiene por qué dar «entera fe y crédito», en virtud del artículo IV de la Constitución de los EE.UU (2) a «cualquier acto público, registro

(*) En el Congreso Internacional de la Unión Internacional de Juristas Católicos, celebrado en Madrid el pasado mes de noviembre, y del que “Verbo” dio cuenta oportunamente, una de las ponencias corrió a cargo del escritor y abogado Christopher Ferrara, buen amigo y presidente de la Asociación Estadounidense de Abogados Católicos. Mientras se publican las actas, es un placer anticipar su contribución, que ofrecemos en dos entregas en versión de Nicolás Martín Bayliss (N. de la R.).

(1) *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (1993); suspendida, *Baehr v. Miike*, 1996 WL 694235 (1996); confirmada en apelación, *Baehr v. Miike*, 950 P.2d 1234 (1997).

(2) Constitución de los EE.UU., artículo IV, § 1: «Se dará entera fe y crédito en cada Estado a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los demás. Y el Congreso podrá prescribir, mediante leyes generales, la forma en que dichos actos, registros y procedimientos se probarán y el efecto que producirán».

y procedimiento judicial de cada Estado de cualquier otro Estado» basada en el matrimonio del mismo sexo o no reconocer ningún «derecho o reclamación resultante de tal relación» (3). Una disposición relativa de DOMA define el término «matrimonio» con fines federales como «la sola unión legal entre un hombre y una mujer como esposo y esposa», y el término «cónyuge» como «sólo... la persona del sexo opuesto que es un esposo o una esposa» (4).

El DOMA podría parecer ser un intento de modificación de la «clausula de entera fe y crédito» de la Constitución de los EE.UU. por la ley a fin de excluir sólo el matrimonio del mismo sexo y sus efectos jurídicos del reconocimiento interestatal, evitando así el procedimiento de enmienda superrígido requerido por la Constitución mismo (5). Por esta razón, como señala Severino, «la viabilidad a largo plazo del DOMA está en duda» (6), y parece inevitable que la cuestión de la constitucionalidad del DOMA llegue ante el Tribunal Supremo.

A raíz del fallo de Hawái, las constituciones de 28 de los 50 estados de los Estados Unidos, incluyendo California, fueron modificadas para incluir disposiciones que definen el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer (7). En un intento

(3) 28 U.S.C. § 1738C (1996).

(4) 1 U.S.C. § 7 (1996).

(5) La Constitución de los EE.UU., el artículo V, requiere para la modificación de la Constitución una enmienda aprobada por «dos terceras partes de ambas Cámaras» del Congreso, o una «solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados» por una «convención con el objeto de que proponga enmiendas», seguida de la ratificación de cualquier enmienda por «tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos...».

(6) SEVERINO, *op. cit.*, 952.

(7) Ala. Const., art. I, § 36.03; Alaska Const., art. I, § 25; Ariz. Const., art. 30, § 1; Ark. Const., amend. 83; Cal. Const. Art. 1, § 7.5; Colo. Const., art. II, § 31; Fla. Const., art. I, § 27; Ga. Const., art. I, § IV, para. I; Idaho Const., art. III, § 28; Kan. Const., art. 15, § 16; Ky. Const., § 233A; La. Const., art. XII, § 15; Mich. Const., art. I, § 25; Miss. Const., art. 14, § 263A; Mo. Const., art. I, § 33; Mont. Const., art. XIII, § 7; Neb. Const., art. I, § 29; Nev. Const., art. 1, § 21; N.D. Const., art. XI, § 28; Ohio Const., art. XV, § 11; Okla. Const., art. 2, § 35; Or. Const., art. XV, § 5a; S.C. Const., art. XVII, § 15; S.D. Const., art. XXI, § 9; Tenn. Const., art. XI, § 18; Tex. Const., art. I, § 32; Utah Const., art. I, § 29; Va. Const., art. I, § 15A; Wis. Const., art. XIII, § 13.

de eludir estas disposiciones constitucionales, los defensores del mismo sexo se han centrado (por el momento) en la obtención de «uniones civiles» o «parejas de hecho» legales, los equivalentes funcionales del matrimonio, que solo están prohibidas en 17 estados (8) y que han sido promulgadas en el Distrito de Columbia y en por lo menos diez estados: California, Nevada, Colorado, Hawái, Maine, Maryland, Nueva Jersey, Oregon, Wisconsin y Washington. Así, en la mayoría de los Estados la búsqueda de «equilibrio newtoniano» en la cuestión del «matrimonio gay» ya se ha reducido a una discusión sobre qué nombre ha de aplicarse a las uniones homosexuales legalmente válidas que confieren todas las ventajas esenciales al matrimonio.

Mientras tanto, aunque DOMA ha sobrevivido a varios desafíos de tribunales inferiores, los partidarios del matrimonio del mismo sexo están centrando ahora sus esfuerzos en una batalla estado a estado para legalizar el matrimonio del mismo sexo y, a continuación, «después de alcanzar una masa crítica de éxito, llevar finalmente la DOMA» (9) al Tribunal Supremo.

B. Fallos Preparatorios del Tribunal Supremo

Tres años después de que Hawái legalizara el «matrimonio gay» y el mismo año en que la DOMA federal fuera promulgada, el Tribunal Supremo, por una mayoría de 6-a-3, (incluyendo el juez Kennedy, un católico, que escribió la opinión mayoritaria) revocó la Enmienda 2 de la Constitución de Colorado, que prohíbe la promulgación de leyes locales que concedan una protección jurídica especial a las personas sobre la base de «orientación, conducta, prácticas o relaciones homosexuales, lesbianas o bisexuales» (10). Los votantes de Colorado aprobaron la Enmienda 2 en respuesta a una precipitación de ordenanzas locales –como los que estamos viendo ahora en Italia, por ejemplo– que pretendían prohibir la «discriminación» contra homosexuales en materia de

(8) SEVERINO, *op. cit.*, 953.

(9) *Ibid.*

(10) *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

vivienda, empleo, educación, alojamiento público, sanitaria y servicios, y un número de otras áreas. El Tribunal sostuvo que la medida violaba la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda, que establece que «Ningún Estado podrá ... negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos» (11). De acuerdo con la mayoría del Tribunal, tal medida violaba la garantía constitucional de «igual protección», porque «carece de una relación racional con los intereses estatales legítimos» (12) – la así llamada «prueba de base racional».

En voto particular, el juez Scalia –que, como hemos visto, se adhiere estrictamente al marco jurídico positivista de la jurisprudencia estadounidense (y actualmente la de todos los países occidentales)– adujo al argumento de que el deseo de «la mayoría de los ciudadanos a preservar su punto de vista de moral sexual en todo el estado, en contra de los esfuerzos de una minoría concentrada geográficamente y políticamente poderosa para socavarla» brindaba una «base racional» para la enmienda. De donde se sigue que, por lo que el juez Scalia se refiere, la mayoría de los votantes pueden adoptar la visión de la sexualidad que les impela, incluso el punto de vista homosexual: «los homosexuales tienen tanto derecho a utilizar el sistema legal para el refuerzo de sus sentimientos morales como el resto de la sociedad. Pero están sujetos a ser contrarrestados también por contramedidas legales democráticas» (13). Citando *obiter dicta* un fallo temprano del Tribunal Supremo sobre la conveniencia de promover legislativamente «la unión durante toda la vida de un hombre y una mujer en el santo estado de matrimonio, del seguro fundamento de todo lo que es estable y noble en nuestra civilización», Scalia se esforzó para agregar que

«No me concederé el capricho de elogiar oficialmente la monogamia heterosexual, porque creo que no es asunto de los tribunales (de forma contraria a los poderes políticos) de tomar partido en esta *culture war*, guerra cultural. Sin embargo el Tribunal

(11) Constitución EE.UU., Enmienda XIV, § 1.

(12) *Ibid.*, 632.

(13) 517 U.S., 646.

así lo ha hecho hoy, no sólo inventando una doctrina constitucional novedosa y extravagante para arrebatar la victoria de las fuerzas tradicionales, sino también denigrando verbalmente como intolerancia la adhesión a actitudes tradicionales» (14).

Es decir, la objeción de Scalia al fallo, que refleja la posición de juristas (y políticos) «conservadores» estadounidenses en general, es que se interfirió en el «equilibrio newtoniano» de fuerzas «opuestas» que en su tira y afloja interminable sobre cuestiones morales, cuyo resultado indiferentista moralmente, pero que han de respetar el «proceso» de dejar que la fuerza predominante gane, sea esta homosexual o «tradicional».

La base estaba más preparada para la introducción generalizada del matrimonio del mismo sexo en Estados Unidos por un fallo del Tribunal Supremo de 2003 en la que la exigüa mayoría de 5-a-4 del Tribunal (incluido el juez Kennedy, que una vez más suscribió la opinión de la mayoría) declaró inconstitucional una ley estatal de Texas que penalizaba el acto de sodomía (15). Anulando su precedente fallo propio (16), que había confirmado la ley anti-sodomía del Estado de Georgia por la exigua mayoría de 5-a-4, el Tribunal declaró que las leyes proscribiendo la sodomía «consensual» eran contrarias a la cláusula del debido procedimiento de la Decimocuarta Enmienda, que estipula que «ningún Estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal...» (17). El tribunal consideró que las leyes contra la sodomía «consensual» en la «intimidad» de la casa mal violan la «libertad» de la Decimocuarta Enmienda porque «tratan de controlar una relación personal que ... está dentro de la libertad que las personas pueden elegir sin ser castigadas como criminales. La libertad protegida por la Constitución permite a las personas homosexuales el derecho a elegir tener en relaciones dentro de los confines de sus casas y de sus propias vidas privadas y conservar aún su dignidad de personas libres» (18). En una con-

(14) *Ibid.*

(15) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

(16) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

(17) Constitución EE.UU., Enmienda XIV, § 1.

(18) *Lawrence*, 539 U.S., 567.

clusión que refleja el completo marco jurídico que ya he esbozado, la Tribunal, citando uno de sus precedentes fallos sobre el aborto, rechazó expresamente cualquier base religiosa, moral o ética para prohibir la sodomía «consensual»:

«La condena [de la sodomía] ha sido moldeada por creencias religiosas, concepciones de conductas correctas y aceptables, y el respeto por la familia tradicional. Para muchas personas estos no son asuntos triviales, sino profundas y hondas convicciones aceptadas como principios éticos y morales a las cuales aspiran y que por lo tanto determinan el curso de sus vidas. Estas consideraciones no resuelven la cuestión que tenemos ante nosotros, sin embargo. La cuestión es si la mayoría puede usar el poder del Estado para hacer respetar estos puntos de vista a la entera sociedad a través de la puesta en marcha de la ley penal. Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no la de mandar nuestro propio código moral» (19).

El Tribunal, por supuesto, hizo precisamente lo que profesara deplorar: impuso un código moral según el cual la sodomía ya no pueden estar prohibida como inmoral, revelando así la auto-contradicción interna del propio positivismo legal, que esconde sus juicios de valor bajo el velo de los valores neutros.

Que el positivismo judicial operante en este fallo se da también en las comunidades políticas europeas fue señalado por el propio Tribunal al rechazar «la historia de la civilización occidental y la moral y principios éticos judeo-cristianos» en favor de «otras autoridades que apuntan en una dirección opuesta» (20), significando los fallos igualmente positivistas de las jurisdicciones europeas que daban un vuelco a la penalización de la sodomía, incluyendo «un comité asesor del Parlamento británico, [que] recomendó en 1957 la derogación de las leyes que castigaban la conducta homosexual» y un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que el Tribunal Europeo consideró que las leyes de Irlanda contra la sodomía «eran inválidas en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos» el cual, como el Tri-

(19) *Ibid.*, 559, citando a *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 850 (1992).

(20) *Ibid.*, 572.

bunal Supremo señalaba, es «vinculante en todos los países que son miembros del Consejo de Europa (21 naciones entonces, 45 naciones ahora) ...» (21). Es decir, la sodomía es ahora considerada en la UE un «derecho humano».

En la legalización efectiva del Tribunal Supremo de los EE.UU. de la sodomía, el juez Scalia (al que se unieron los jueces Thomas y Rehnquist) discrepó sólo sobre el fundamento de que el sentimiento de la mayoría, cualquiera que fuera este, era suficiente «base racional» para la legislación impugnada: «Innumerables fallos judiciales y de actos legislativos descansan en la antigua proposición según la cual la creencia de una mayoría gobernante de que un determinado comportamiento sexual es "inmoral e inaceptable" constituye base racional para la regulación» (22). Es decir, la respuesta de Scalia a la mayoría sobre la cuestión de la homosexualidad es la misma que respecto al aborto: Dejad que el pueblo decida.

El resultado neto de estos fallos del Tribunal Supremo es que la mayoría liberal del Tribunal continúa definiendo los alcances de la «libertad» en cuestiones morales, mientras que el ala «conservadora» sigue negándose a batallar, en vez de ello se queja de «que el Tribunal ha tomado partido en la *culture war*, guerra de la cultura, desviándose de su función de asegurar, como observador neutral, que las reglas de compromiso democráticas sean observadas» (23).

C. El fallo de Massachusetts

Apenas es sorprendente que el fallo del Tribunal Supremo de los EE.UU. en 2003 de anular las leyes estatales contrarias a la sodomía fuera la primera autoridad citada en el inusitado fallo de 2004 del Tribunal Superior de Massachusetts legalizando el «matrimonio gay» en dicho Estado, que fuera centro de Revolución Americana (24). Como observara Severino, esta decisión

(21) *Ibid.*, 573, citando *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H.R. (1981), 52.

(22) *Ibid.*, 589 (Scalia, J., voto particular).

(23) *Ibid.*, 602.

(24) *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309 (2004).

«desató una ola nacional de litigios y controversias políticas que aún no ha desaparecido» (25).

En consonancia con el mismo amplio concepto de «libertad», enunciado por el Tribunal Supremo cuando anuló las leyes estatales contra la sodomía, el tribunal de Massachussets, al legalizar el matrimonio entre homosexuales en Massachussets, declaró que, por supuesto, la moralidad de los «matrimonios gays» o de la conducta homosexual no podían ser tomadas en cuenta por el Tribunal al considerar el interés de «libertad», alegado por los homosexuales que reclamaban el derecho de contraer matrimonio entre sí:

«Somos conscientes de que nuestra decisión marca un cambio en la historia de nuestra ley de matrimonio. Muchas personas sostienen profundas convicciones religiosas, morales y éticas de que el matrimonio debe limitarse a la unión de un hombre y una mujer, y que la conducta homosexual es inmoral. Muchos sostienen igualmente fuertes convicciones religiosas, morales y éticas de que las parejas del mismo sexo tienen derecho a casarse, y que las personas homosexuales deberían ser tratadas de manera no diferente que sus vecinos heterosexuales. Ningún punto de vista resuelve la cuestión que tenemos ante nosotros. Nuestro asunto se relaciona con la Constitución de Massachussets como un estatuto de gobierno para cada persona dentro de su adecuado alcance. “Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no mandar nuestro propio código moral [citando al Tribunal Supremo de los EE.UU.]”» (26).

Mientras que se profesa no «mandar nuestro propio código moral» la mayoría en el caso de Massachussets –como la mayoría del Tribunal Supremo– hace precisamente eso. Como una de las opiniones concurrente de un juez en la mayoría declarara francamente: «los simples principios de decencia exigen que extendamos a los demandantes, y a su nuevo status, plena aceptación, tolerancia y respeto. Debemos hacerlo porque es lo correcto» (27).

(25) SEVERINO, *op. cit.*, en 981.

(26) *Ibid.*, 312.

(27) *Ibid.*, 344 (Greaney, J., criterio mayoritario).

El tribunal de Massachussets se consideró con derecho a modificar la definición del matrimonio, debido a otra característica del marco jurídico positivista de la modernidad política: la creación del matrimonio civil como promulgación de la ley positiva, y susceptible por lo tanto de modificación como otras disposiciones del derecho positivo. Como observó el Tribunal: «Verdaderamente, hay tres socios en cada matrimonio civil: los dos cónyuges que lo solicitan y un Estado que lo aprueba» (28). Y, puesto que «los beneficios accesibles sólo a través de una licencia matrimonial son enormes, tocando casi todos los aspectos de la vida y la muerte» (29), el Tribunal no encontró «base racional» para que el Estado privara a las parejas homosexuales del mismo haz de beneficios concedidos a parejas heterosexuales.

El Tribunal rechazó lo que llamó el «argumento del matrimonio es procreación», como base racional para la tradicional definición legal del matrimonio porque, según el Tribunal –citando al Tribunal Supremo de los EE.UU.–, tal definición «identifica “inadmisiblemente” a las personas por un solo rasgo y luego les niega su protección en todos los ámbitos” ... y “confiere un sello oficial de aprobación al estereotipo destructivo según el cual las relaciones del mismo sexo son intrínsecamente inestables e inferiores a las relaciones de sexo contrario y de que no son dignas de respeto” (30). Tampoco, sostuvo el tribunal de Massachussets, sería promoción racional la política estatal del bienestar de los niños al restringir el matrimonio a parejas del mismo sexo, porque, como incluso concediera el Departamento de Salud Pública (de acuerdo con actitudes prevalentemente liberales), «las parejas del mismo sexo puede ser padres “excelentes”». Además, el Tribunal opinó, que «los cambios demográficos del siglo pasado, hacen que sea difícil hablar de una familia media americana», y que Massachussets, «ha respondido solidariamente a las realidades cambiantes de la familia americana» y «fortalecer la familia moderna en sus muchas variantes», entre otras medidas, permitiendo “la adopción gay” (31).

(28) *Ibid.*, 321.

(29) *Ibid.*, 323.

(30) *Ibid.*, 333.

(31) *Ibid.*, 334-335.

Al igual que la minoría «conservadora» en el Tribunal Supremo, los votos disidentes «conservadores» del Tribunal de Massachusetts declinaron limitar la noción de «libertad» de ninguna otra forma diferente a lo que los votantes pudieran decidir o lo que una práctica del pasado en evolución pudiera indicar. Como objetó un voto disidente: «Lo que está en juego en este caso es ... el poder de la Corte Legislativa para efectuar el cambio social sin la interferencia de los Tribunales ... El poder de regular el matrimonio reside en la Cámara Legislativa y no en el poder judicial» (32). El mismo voto particular hizo un llamamiento a la historia más que a la moral: «el matrimonio del mismo sexo no está “profundamente arraigado en la historia de este país”», mientras que «las raíces de la institución del matrimonio están firmemente establecidas en la historia como una unión civil entre un hombre soltero y una mujer soltera» (33).

Un segundo voto particular igualmente hizo un llamamiento a las prerrogativas de la Cámara Legislativa sobre la revisión de la definición de matrimonio: «Nuestra creencia de que los niños educados por parejas del mismo sexo experimentarían lo mismo que los niños criados en familias tradicionales es precisamente eso: una creencia apasionadamente sostenida, pero absolutamente sin probar. La Cámara Legislativa no está obligada a compartir esa creencia, pero puede, como creadora de la institución del matrimonio civil, desear ver la prueba antes de producir una alteración fundamental de la institución» (34). En este voto particular no se negó el poder del Estado para alterar la institución del matrimonio; sólo se opuso utilizar el organismo inapropiado del Estado que la modificara.

Un tercer voto particular negó cualquier base religiosa para oponerse a la decisión de la mayoría, al declarar que las leyes de matrimonio de Massachusetts «fueron promulgadas para proteger los intereses públicos y no por motivos religiosos o para promover intereses o aspiraciones personales» (35). El mismo voto particu-

(32) *Ibid.*, 350-51 (Spina, J., voto particular).

(33) *Ibid.*, 354.

(34) *Ibid.*, 359 (Sosman, J., voto particular).

(35) *Ibid.*, 365 (Cordy, J., voto particular).

lar presumía que la definición de matrimonio no tenía ningún significado permanente y objetivo, al sostener que «la ley con respecto a los matrimonios del mismo sexo debe dejarse desarrollar a través de procesos legislativos ...» y que «no hay razón para creer que los procesos legislativos son inadecuados para efectuar los cambios jurídicos que respondan a la evidencia, los *cambiantes* valores sociales y puntos de vista de la equidad en el tema de las relaciones del mismo sexo» (36).

¿Cuál es el resultado neto de estas decisiones clave que acabo de resumir? El resultado es que el panorama legal actual de Estados Unidos carece de cualquier oposición conservadora al «matrimonio gay» desde el punto de vista de moral objetiva, a diferencia de los velados (y no tan velados) argumentos morales de los juristas liberales que los han promocionado.

D. La omisión moral de la jurisprudencia «conservadora»

En respuesta al descargo de responsabilidad del Tribunal Supremo que su fallo de anular las leyes contra la sodomía en todos los Estados «no significa si el gobierno debe dar reconocimiento formal a cualquier relación que las personas homosexuales tratan de entablar», Scalia advirtió con razón:

«No lo crean Si la desaprobación moral de la conducta homosexual no es de «ninguna forma interés legítimo del Estado» a los efectos de la proscripción de esa conducta ... ¿qué justificación podía existir para negar los beneficios del matrimonio a las parejas homosexuales que quieran ejercer “la libertad protegida por la Constitución”? ... Este caso “no implica” la cuestión del matrimonio homosexual sólo si uno cree que los principios y la lógica no tienen nada que ver con las decisiones de este Tribunal. Muchos esperan, al igual que el Tribunal nos asegura cómodamente, que sea así» (37).

Pero mientras que los principios y la lógicas de la mayoría liberal del Tribunal han conducido inevitablemente al «matrimo-

(36) *Ibid.*, 394.

(37) *Lawrence*, 539 U.S., 604-605.

nio gay» o sus equivalentes legales como incidentales a su noción de «libertad», ningún principio promovido por la oposición «conservadora» en Estados Unidos la aleja, sino que inevitablemente, en el mejor de los casos, sólo lo hace más lentamente, hacia el mismo resultado final a través del «proceso democrático» «asistido» por jueces liberales que (a diferencia de los «conservadores») están dispuestos a definir lo que ellos entienden por libertad.

Como las proposiciones anteriores han demostrado, el estado de «equilibrio newtoniano» en la cuestión del «matrimonio gay» en Estados Unidos es que las fuerzas en apoyo del «matrimonio gay» están avanzando bajo las reclamaciones de rectitud moral basadas en la «libertad», «igualdad», «no discriminación», «aceptación», «tolerancia», «respeto», «simple decencia», y «lo que hay que hacer» (38), mientras que las «fuerzas tradicionales» (como las llama el juez Scalia) evitan cualquier forma de «moralización» y apelan en cambio a la evidencia histórica del sentimiento mayoritario y la voluntad actual de los votantes, cualquiera sea ella. Por defecto de la oposición «conservadora» al fracasar en ofrecer un concepto que compense el contrario de «libertad», arraigado en el orden moral objetivo, la «sodomía consensual» ahora se considera una «relación» protegida contra la interferencia del Estado y a los Estados les está prohibido incluso modificar sus Constituciones para precluir leyes que protejan a los homosexuales de la «discriminación». Mientras tanto, Estado tras Estado –así como las naciones europeas que he mencionado– reconocen de alguna forma el «matrimonio gay» a pesar de que leyes federales y estatales, que reservan el nombre de «matrimonio» a los uniones entre parejas heterosexuales.

El renombrado estudioso constitucionalista estadounidense Hadley Arkes tuvo razón al observar hace casi veinte años atrás que en el conflicto judicial sobre los términos moralmente cargados de la Constitución aplicado a cuestiones tales como «género u “orientación sexual”», los liberales «profesan que no están legislando sobre “cuestiones morales”, cuando de hecho invocan un lenguaje de correcto y equivocado ... reaccionando ante “la injusticia” con indignación moral» y están «muy implicados en el

(38) Goodridge, 440 Mass., 344.

negocio de "legislar la moralidad", mientras que los «conservadores», al reaccionar contra el «activismo judicial» de los liberales, rechazan cualquier apelación a la ley natural o al derecho natural y «en lugar de verdades morales que mantienen su verdad en todos los lugares» apelan a «lo que ha sido aceptado, o rechazado, por la mayoría». El resultado, concluye Arkes, es que «la causa del conservatismo en la política ha sido asociada al "positivismo" en la ley, y ese tipo de matrimonio será la perdición de conservatismo político. Pues ello asegurará que ... en materias de relevancia moral la jurisprudencia conservadora no tendrá nada que decir» (39).

Y nada es precisamente lo que la jurisprudencia «conservadora» dice hoy sobre la cuestión del «matrimonio gay» (por no mencionar el aborto), una cuestión de inmensas consecuencias morales para el individuo, la familia, la sociedad y la civilización occidental en su conjunto. Tal y como están las cosas, al igual que con el aborto, a ningún principio moral objetivo y universalmente vinculante se le permite impedir un eventual triunfo general del «matrimonio gay» mediante un acto legislativo o de revisión judicial de las leyes vigentes. Habida cuenta de la propia insistencia de Scalia en que los Estados son libres de definir el matrimonio como lo deseen, y que, como declaró en el caso Smith, «el derecho de libre ejercicio no exime a un individuo de la obligación de cumplir con una ley válida y neutral de aplicabilidad general», el escenario está listo para un impacto masivo de la libertad religiosa de los católicos y otros cristianos creyentes cuya religión les obliga a considerar el «matrimonio gay» como una perversión del orden divino y natural que no pueden tolerar o apoyar de ninguna manera, y al que, de hecho, deben oponerse incluso hasta llegar al punto de la desobediencia civil.

E. La inminente crisis de la conciencia

Severino presenta un análisis exhaustivo de las amenazas a la libertad religiosa que plantea la legalización del «matrimonio

(39) HADLEY ARKES, *Beyond the Constitution* (Princeton: Princeton University Press, 1990), 13, 15.

gay», y la creación de «parejas estables no casadas» y de las «uniones de hecho» como equivalentes al «matrimonio gay». A pesar de las DOMA federales y estatales, y de las exenciones para las organizaciones religiosas en la mayoría de las leyes estatales de derechos civiles, personas u organizaciones privadas, y en algunos casos, instituciones religiosas, ya han sido sometidos a consecuencias adversas legales o laborales debido a:

- negarse por razones de conciencia religiosa a extender los beneficios del empleo a «las parejas del mismo sexo»;
- negarse a permitir la cohabitación de «parejas del mismo sexo» en viviendas propiedad de –religiosos– practicantes que se oponen a dicha cohabitación por motivos religiosos;
- negarse a permitir que instalaciones inmuebles sean utilizadas por «parejas del mismo sexo» en las mismas condiciones que hombres y mujeres casados;
- rechazar por razones de conciencia religiosa emitir licencias de matrimonio de la unión civil a los «cónyuges» homosexuales (40).

Por ejemplo, a pesar de haber mantenido (en mayo de 2009) la famosa Propuesta 8, que modifica la Constitución de California para definir el matrimonio exclusivamente como la unión entre un hombre y una mujer (41), cuatro años antes el Tribunal Superior de California sostuvo que una pareja de lesbianas, registradas como *domestic partners* «parejas domésticas» en virtud de la pre-existente (y todavía vigente) *Domestic Partners Act*, la Ley de parejas domésticas de California, admitió demanda por discriminación por estado civil matrimonial en virtud de la ley civil de California cuando un club de campo privado se negó a extenderles los privilegios de golf y otros beneficios que extendía a sus miembros casados (42).

(40) Cf. SEVERINO, *op. cit.*, 958 ff. y los casos citados.

(41) *Strauss v. Horton*, 46 Cal.4th 364, 207 P.3d 48 (2005).

(42) *Koebke v. Bernardo Heights Country Club*, 36 Cal.4th 824, 115 P.3d 1212 (2005).

En Vermont y California, los empleados judiciales o los jueces de paz que han declinado emitir licencias de «matrimonio del mismo sexo», han sido despedidos o forzados a renunciar. El tribunal superior de Vermont no encontró carga «sustancial» al ejercicio libre, pues los empleados municipales despedidos podrían haber designado empleados asistentes para la expedición de licencias de «uniones civiles» (43). Otro ejemplo inquietante (citado por Severino) es el fallo del Tribunal superior del Estado de Nueva York sosteniendo que la Yeshiva University, una institución privada judía, fue objeto de reclamación de discriminación sexual de *disparate impact* (de “efectos adversos”, o de “impacto desigual”) cuando denegó beneficios de la vivienda de estudiantes casados a «parejas del mismo sexo» no casadas (44). En otros estados, señala Severino, «los tribunales han obligado a los propietarios a aceptar parejas no casadas que conviven como inquilinos a pesar de las fuertes objeciones religiosas. Si las parejas no casadas gozan de protección legal contra la discriminación del estado civil, las parejas casadas legalmente, incluso del mismo sexo resultarían igual de protegidas por lo menos» (45).

Añádanse a estas exposiciones la sombra amenazadora de procesamientos por *hate crime* «delito de odio» o *hate speech* «discurso del odio» bajo la ley estatal. Cuarenta y seis estados tienen leyes de crímenes de odio, y treinta y uno de estos incluyen la «orientación sexual» como una de las categorías protegidas que reclaman el aumento de penas para el delito subyacente. Y algunos estados solo penalizan la expresión dirigida contra la «orientación sexual» (46). En un caso publicitado a nivel nacional un grupo de manifestantes cristianos, los «Filadelfia 4», fueron arrestados y acusados del delito de «intimidación étnica» simplemente por protestar contra un evento de «orgullo gay», en Filadelfia, aunque finalmente los cargos fueron retirados (47). Parece ser sólo cuestión de tiempo que haya

(43) Brady v. Dean, 173 Vt. 542, 547 (2001).

(44) Levin v. Yeshiva University, 96 N.Y.2d 484, 754 N.E.2d 1099 (2001).

(45) SEVERINO, *op. cit.*, 963.

(46) Cf. CHRISTOPHER CHORBA, *The Danger of Federalizing Hate Crimes*, 87 U. Va. L. Rev. 319, 347-48 nn.130-32; citado en SEVERINO, *op. cit.*

(47) Cf. LARRY EICHEL, “Charges against ‘Philadelphia 4’ tossed,” *The Philadelphia Inquirer*, February 18, 2005 A1.

enjuiciamiento con éxito bajo leyes estatales por «crímenes de odio» o «discursos de odio» sobre la base de que las expresiones de oposición a la «orientación sexual», incluyen el «matrimonio gay».

Además, como Severino advierte, «las democracias extranjeras ya han demostrado que tal acción es posible, y dada la creciente dependencia de los tribunales de Estados Unidos en los precedentes [jurisprudenciales] extranjeros, su aplicación interna es un riesgo cada vez mayor. Prohibiciones civiles y penales sobre discursos religiosos «inaceptables» existen ya en Canadá, Gran Bretaña, Australia y Suecia» (48). América se está moviendo cada vez más hacia una ley nacional de «discurso del odio». El 8 de octubre de 2009, la Cámara de Representantes de EE.UU. aprobó una medida, adjuntada a un proyecto de ley de asignaciones militares, que se ampliará el Estatuto federal vigente de «crímenes de odio» para añadir la «orientación sexual» a las categorías de ciudadanos a los cuales es concedido un estatus especial que reclama la agravación de la sentencia cuando ellos (pero no los demás ciudadanos) sean víctimas de delitos violentos enumerados (49).

Como el «matrimonio gay», la «unión civil» y la «pareja de hecho» se afianzan cada vez más legalmente, el potencial de consecuencias legales adversas por parte de objetores de conciencia religiosa a las uniones homosexuales legalizadas no puede sino aumentar dramáticamente. De hecho, dado su propio positivismo jurídico, el Juez Scalia tendría que aceptar que las leyes de legalización y protección de «matrimonio gay» son «leyes válidas y neutrales de aplicación general» que superarían las creencias y prácticas religiosas en conflicto y en virtud de los parámetros enunciados en el caso Smith, ya que él mismo declaró en su voto particular en el caso Romer que «los homosexuales tienen tanto

(48) SEVERINO, *op. cit.*, 945.

(49) Véase 28 U.S.C. § 994, sec. 280.003 (a) y (b) (teniendo en cuenta que los «delitos de odio» significan «un crimen en el que el acusado intencionalmente selecciona a una víctima, o en el caso de un delito contra la propiedad, la propiedad que es el objeto del delito, por la raza actual o percibida, el color, la religión, el origen nacional, la etnia, el género, la discapacidad o la orientación sexual» de la víctima, y ordenado una «agravación de la condena de no menos de 3 grados de delito por ofensas que el buscador de hecho de prueba determina más allá de una duda razonable son crímenes de odio».

dercho a utilizar el sistema legal para refuerzo de sus sentimientos morales como el resto de la sociedad».

En 2005 el Cardenal Alfonso López Trujillo, el anterior presidente del Consejo Pontificio para la Familia, advirtió que los Estados que «abren el camino del “matrimonio” de personas del mismo sexo ... destruyen pieza a pieza la institución de la familia, el patrimonio más valioso de los pueblos y la humanidad». Hablando de «matrimonio gay» y de «adopción gay», el Cardenal exhortó a los católicos a ejercer su «derecho de objetar su conciencia y negarse a cooperar con este crimen, que representa la destrucción del mundo» (50). La desobediencia civil se reclama, por supuesto en los casos en que el conflicto entre la creencia católica y el «matrimonio gay» es inevitable. Pero ¿qué pasa en primer lugar con la prevención de la propagación de este delito, como el Cardenal lo llama con razón? ¿Y cómo podemos limitar en general la ampliación judicial de la «dictadura del relativismo» que el Papa Benedicto XVI tan acertadamente ha condenado?

III. REVIRTIENDO LA DERROTA

A. La insuficiencia del «originalismo» y de la «tradicción legal»

La respuesta de los «conservadores» judiciales y políticos de Estados Unidos a una crisis social epocal en todo Occidente, una crisis que realmente pone en peligro «la destrucción del mundo», ha sido débil, por decirlo todo lo amablemente posible. Mientras que sus oponentes liberales continúan acuñando nuevos «derechos» y aniquilando el orden moral bajo la bandera de rectitud moral, la oposición «conservadora» continúa pretendiendo que «vida», «libertad», «derechos», «establecimiento de la religión», «libertad de religión», «libre ejercicio de la religión», «libertad de expresión», «libertad de prensa», «pena cruel e inusual», «privile-

(50) *Top Vatican Cardinal: Gay Marriage is A Crime Which represents the Destruction of the World*, Lifesitenews.com, 4 de mayo de 2005 en <http://www.lifesitenews.com/ldn/2005/may/05050401.html>.; visitado el 7 de octubre de 2009.

gios e inmunidades», «igual protección» y «debido proceso» son términos puramente legales que debe ser interpretados como los términos de cualquier otro documento legal, si bien son conceptos llenos de profundas implicaciones morales que la propia Constitución no hace ningún esfuerzo por resolver. Los «conservadores» judiciales siguen confiando en la objeción estándar enunciada por el Juez Scalia: «Ya que la Constitución de los Estados Unidos no dice nada sobre este tema, ha de dejarse que se resuelva por los cauces democráticos normales» (51). Sin embargo, mientras que la Constitución puede que no contenga las palabras «homosexual» o «aborto», como otras cartas europeas hacen, sí que habla de vida, libertad, derechos, igualdad e igual protección —términos cuyo significado no es controlado por ningún estándar que pudiera encontrarse en el mismo texto constitucional.

Los «textualistas» de la escuela «originalista» como Scalia, sostienen que incluso cuando interpretan y aplican los conceptos moralmente cargados de la Constitución, los jueces están vinculados al texto, tal y como fue «entendido originalmente» (52), literalmente «el significado del siglo XVIII» (53) de la Constitución. Sin embargo, el «originalismo» como método para llegar a algún tipo de objetividad en la interpretación constitucional está lleno de tremendas fallas. En primer lugar, debido a que la propia Constitución no establece ninguna regla que rijan su interpretación en caso de duda, los «originalistas» no tienen autoridad ninguna para declarar que la norma [interpretativa] deba ser comprendida a las personas del siglo XVIII, y más exactamente el siglo XVIII durante el período comprendido entre el texto no modificado de la Constitución y las diez enmiendas de la Carta de Derechos fueron ratificados (1789-1791). El mismo Scalia admite que su preferencia por el «originalismo» es puramente una cuestión de opinión, y que tanto originalismo como el no-originalismo de diversos tipos (incluido el de la Constitu-

(51) *Romer*, 517 U.S., 636 (Scalia, J., voto particular).

(52) ANTONIN SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, The Tanner Lectures on Human Values (March 8 and 9, 1995), 112.

(53) *District of Columbia v. Heller*, 128 S.Ct. 2783, 2791 (2008).

ción que «evoluciona») son «dos males» de los cuales el originalismo es el que «yo prefiero» (54).

Frente a los defectos patentes del método «originalista» el Juez Scalia, admitió: «No siempre es fácil averiguar qué quería decir la disposición cuando fue adoptada. Yo no digo que sea perfecto. Simplemente digo que es mejor que cualquier otra cosa» (55). Pero, en verdad, el «originalismo» no es mejor que cualquier otra cosa. Al final, se puede argumentar que es incluso peor que la «constitución viviente» de los liberales no-originalistas, ya que implica a los conservadores en una cacería de fósiles en registros petrificados de discutibles interpretaciones del siglo XVIII, mientras que los liberales se ponen a la cabeza en las cuestiones morales que se presentan por la aplicación de términos constitucionales a las demandas contemporáneas de «libertad», imponiendo así las soluciones erróneas en todo el mundo. Y es en los liberales en los que resuena la voz del sentido común cuando citan a Edmund Randolph, un Fundador del *Committee of Detail* en la Convención de Filadelfia, cuyas observaciones reflejan que uno de los «dos elementos esenciales», observados en la redacción de la Constitución fue «insertar únicamente principios esenciales; no sea que las operaciones del gobierno sean obstruidas por disposiciones permanentes e inalterables, que deben acomodarse a los tiempos y acontecimientos» (56).

La que no puede ser «acomodada a los tiempos y los acontecimientos», sin embargo, es la ley moral, el bien y mal. Por lo tanto, a menos cuando se trata de la interpretación y aplicación del lenguaje cargado moralmente de la Constitución, en el corazón de las batallas sobre el «matrimonio gay» y otros temas sociales en los que los liberales han alcanzado una posición ventajosa moralmente hablando, únicamente un enfoque es mejor que otro:

(54) ANTONIN SCALIA, *Originalism: the Lesser Evil*, 57 University of Cincinnati Law Review 849, 862 (1989).

(55) Citado en DAVID GRAM, *Scalia talks up 'originalism' in UVM speech*, Associated Press, 9 de octubre de 2004.

(56) Quoted in JOHN R. VALE, *The Constitutional Convention of 1787: A Comprehensive Encyclopedia of America's Founding* (ABC-CLIO: 2005), 107.

una norma moral absoluta que no dependa de la comprensión de los estadounidenses del siglo XVIII, de activistas judiciales liberales del siglo XXI o, para el caso, de contemporáneos «originalistas» tratando de discernir lo que personas que vivieron hace más de dos siglos pensaban que significaba la Constitución.

Peero para encontrar esta norma moral absoluta debemos, como sostiene Hadley Arkes, ir «más allá de la Constitución», a fin de evitar que la Constitución se convierta en una incalculable máquina de destrucción moral. Lo que no podemos hacer es seguir repitiendo el perdedor argumento «conservador» de que no hay nada en el texto de la Constitución que exija a los jueces plantear juicios morales en materias con consecuencias morales que surgen de los términos moralmente operativos que los Tribunales se ven obligados a utilizar para interpretar y aplicar en las disputas sobre el significado y el alcance de esos términos.

B. Más allá de la Constitución

Los «conservadores» judiciales de hoy en día, cojos por un apego rancio hacia el positivismo legal, están ayudando a que perdamos la guerra cultural porque se niegan a interpretar los conceptos de la Constitución cargados de moral de acuerdo con lo que Arkes llama «los principios de bien y el mal que [no] dependen, para su autoridad, de su mención en la Constitución». Como hemos visto en las observaciones formuladas por el juez Scalia en la Gregoriana, estos «conservadores» ven incluso la aplicación de la ley natural como «un pretexto para evadir la disciplina de la Constitución» (57). Peero, como Arkes se pregunta con razón: «¿Por qué podría merecer una Constitución nuestra fe, si no estuviera comprometida al principio de justicia en vez del de la tiranía? ¿Por qué deberíamos emplazar nuestra fe en la Constitución, si no existe un fundamento moral convincente que apoye esa fe?» (58). A lo que yo añadiría: ¿Cómo pueden los jueces ni siquiera considerar que términos como justicia, tiranía, libertad, albedrío, reli-

(57) ARKES, *Beyond the Constitution*, 14.

gión, castigo cruel e inusual, y así sucesivamente, sin un marco moral más allá de la Constitución, la cual no proporciona su propio marco moral?

No existe ninguna vía para evitar una derrota catastrófica por el liberalismo, a menos que los juristas «conservadores» y sus homólogos políticos abandonen la posición según la cual los tribunales no tienen competencia para tomar una posición moral sobre lo que son sin duda cuestiones morales. Por el contrario, adoptar una posición moral es precisamente competencia de los tribunales cuando se les presentan disputas sobre cuestiones morales por excelencia tales como el «matrimonio gay» y el aborto. «Que el pueblo decida» no es la respuesta que requiere la justicia, ni es una respuesta a los liberales, que según sus propias nociones de justicia novedosas y en constante evolución, siempre han estado dispuestos a aceptar. Ni siquiera un llamamiento conservador a la «tradición jurídica» llenará el vacío moral cada vez mayor que los liberales han abierto entre ellos y nosotros. Arkes (citando a Thomas Grey) observa astutamente que la confianza en la «tradición anglo-americana», por ejemplo, es sólo otro movimiento «desde un terreno independiente del bien y del mal –desde una comprensión moral que no depende de los caprichos de las culturas locales– a un terreno de la jurisprudencia que se reduce a “los hábitos de la tribu” o a las opiniones que son dominantes en un determinado país» (59).

Sin embargo, mientras que Arkes identifica correctamente el positivismo legal, como la fatal debilidad de «conservatismo» judicial del presente y prescribe correctamente el recurso al orden moral objetivo, como el remedio, se queda corto en su argumento más bien amorfo de que la concepción de ley natural de los Fundadores entroncada con el Iluminismo es igual a la tarea de proporcionar a la Constitución la fibra moral suficiente para soportar los incesantes esfuerzos de los liberales para someterla a su voluntad. Pues la concepción de los Fundadores es esencialmente la concepción de Locke, y para Locke «la ley de la naturaleza» se reduce al derecho a la auto-preservación y al derecho de

(58) *Ibid.*, 12.

(59) *Ibid.*, 13.

«legítima propiedad» (60) en un Estado organizado principalmente para la defensa de los derechos de propiedad más que (según la concepción greco-cristiana) el bienestar moral y espiritual, así como temporal del hombre (61). Es decir, con Locke nos encontramos con la sustitución de deberes por derechos que es el fundamento mismo de la modernidad política —una concepción de los derechos no conectada con la ley natural inscrita en el ser mismo del hombre, que le ordena hacer el bien y evitar el mal. Y fue precisamente Locke el que negó que exista una norma de conducta «impresa en la mente como un deber ...» (62).

Como el filósofo político francés Pierre Manent ha señalado en su brillante estudio de la modernidad política:

Seccionada así de su ser, la noción de los derechos humanos carece por sí misma de densidad ontológica. Conquistará irresistiblemente los ámbitos políticos y morales, desde que, disponible y sin ataduras, pueda fácilmente ser vinculada a las diferentes experiencias del hombre que todos parecen ser capaces de ser estudiadas en sus términos Si el hombre tiene derecho a la vida, también tiene derecho a morir ... Si la mujer tiene derecho a un hijo, también tiene derecho a un aborto ... No hay aquí nada bajo el sol o la luna que no sea susceptible de convertirse en ocasión y materia de un derecho humano (63).

En *Caritas in veritate* el Papa Benedicto XVI lamenta los resultados de nuestra civilización orientada a derechos: «Los derechos individuales, desvinculados de un conjunto de deberes que les dé un sentido profundo, se desquician y dan lugar a una

(60) cfr. *Dos Tratados...*, II.6: «Cada uno está obligado a preservarse a sí mismo y a no abandonar su puesto por propio albedrío, así pues, por la misma razón, cuando su preservación no está en juego, deberá por todos los medios preservar el resto de la humanidad, y jamás, salvo para ajusticiar a un criminal, arrebatar o menoscabar la vida ajena, o lo tendente a la preservación de ella, libertad, salud, integridad y bienes». Cf. asimismo, *Dos Tratados...*, II.25-27 (todos los hombres «tienen una “propiedad” en su misma “persona” y es “dueño absoluto de su propia persona y bienes”).

(61) Cfr. *Dos Tratados...*, II.9.24: «El fin mayor y principal y, por tanto, de unión de los hombres en las repúblicas, y ponerse bajo el gobierno, es la preservación de sus bienes».

(62) LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, I.ii.xii.

(63) PIERRE MANENT, *The City of Man* (Princeton University Press: Princeton, NJ 1998), 139.

espiral de exigencias prácticamente ilimitada y carente de criterios» (64). En la misma Encíclica el Papa declara «la importancia imprescindible del Evangelio para la construcción de la sociedad según libertad y justicia». Esta decisiva declaración del Papa me lleva a mi conclusión.

C. Conclusión: la Ley Divina y la Constitución

En defensa de su «originalismo» en contra de la afirmación de que la Constitución debe interpretarse objetivamente de acuerdo a los «valores fundamentales», el Juez Scalia se burló: «¿Son los “valores fundamentales” que sustituyen el significado original los derivados de la filosofía de Platón, o de Locke, o de Mills, o de Rawls, o quizás de la última encuesta de Gallup?» (65). Pero Scalia omite conspicuamente una fuente de valores fundamentales de la que sin duda es muy consciente: la ley de Dios. Lo que Arkes considera esencial para salvar la Constitución de la incoherencia y aplicación malignas: «un terreno independiente de bien y el mal ... que no dependa de los caprichos de las culturas locales» sólo puede venir del Decálogo y de los consejos evangélicos, comúnmente conocido como «ética judeo-cristiana». Entre la ley divina y el significado «original» –que, después de todo, cumple la función de un valor fundamental–, nuestra elección por una norma para decidir las cuestiones morales que surgen de la terminología cargada moralmente la Constitución es clara.

Ha llegado el momento para los juristas que profesan ser cristianos de reconocer que están comprometidos en un combate final sobre la moral, y no meramente sobre pocos términos legales que puede ser interpretados y aplicados como tales. Los juristas cristianos están llamados a oponerse a la relativista moralización que los

(64) *Caritas in Veritate*, n. 43. El original latino reza así: «Necessitudo ex eo pendet quod iura singulorum, officiis absoluta, quae eis completum sensum tribuant, insaniunt et infinitam rogationum seriem et iudicio carentem alunt». La segunda cita proviene del n. 13, en su original: «pondus enim Evangelii confirmavit, quod societatis aedificandae gratia secundum libertatem iustitiamque». (N. del T.).

(65) SCALIA, *Originalism: the Lesser Evil*, 57 *University of Cincinnati Law Review* at 855.

liberales hacen de los absolutos morales de la ley de Dios, ley que Él ha inscrito en Sus criaturas racionales humanas en consonancia con su naturaleza y fines. Los jueces que hacen un juramento a Dios de ser fiel en el desempeño de sus funciones, y que, en la misma sala de audiencias del Tribunal Supremo, se sientan bajo un friso que incluye imágenes de Moisés sosteniendo las tablas de los Diez Mandamientos, de Carlomagno el Grande y de Luis IX, un santo católico canonizado (66), no tienen ninguna justificación para comportarse como si el mismo Dios al que han hecho su juramento no existe dentro del marco jurídico americano, y que ni siquiera la ley natural que Él ha escrito en nuestros corazones sea de ningún interés en la prestación de la justicia.

Seguramente, con la propia supervivencia de nuestra civilización que está en juego, los juristas conservadores que han hecho un juramento a Dios pueden invocar hasta el atrevimiento de citar la ley de Dios contra los juristas liberales, que están claramente decididos a desafiarla. Sobre la cuestión del «matrimonio gay», nada en particular, además de la vergüenza personal, impide que un juez vitalicio declare la obvia verdad moral de que la «libertad», cuyo ámbito de aplicación es una cuestión fundamental de la moralidad, no puede incluir el matrimonio de homosexuales, algo en lo incluso los Fundadores deístas habrían estado de acuerdo, que es una abominación a los ojos del «Dios de la naturaleza» y una violación de la ley de la naturaleza. O, para tomar el caso del aborto, no existe ningún principio superior al Quinto Mandamiento que prohíba a cualquier juez declarar que el derecho a la vida garantizado por la Quinta Enmienda se extiende a quienes viven *in utero*, especialmente cuando el feticidio es un crimen en 37 Estados (67) e incluso la ley federal reconoce a un «niño *in utero*», como víctima legal si es herido o muerto durante la comisión de determinados delitos violentos (68). (Esto, por supuesto, es un

(66) Cf. JOAN BISKUPIC, *Great Figures Gaze Upon the Court*, The Daily Republican, March 11, 1998 en http://www.dailyrepublican.com/sup_crt_frieze.html.

(67) Christine Vestal, "States Expand Fetal Homicide Laws," Stateline.org. August 22, 2006 @ <http://www.stateline.org/live/details/story?contentId=135873>.

(68) Véase 18 U.S.C. 1841 (a) (1) ("Whoever engages in conduct that ... causes the death of, or bodily injury (as defined in section 1365) to, a child, who is in utero

signo dramático de la incoherencia moral del sistema positivista legal de Estados Unidos: gracias al «proceso democrático» el niño en el útero se considera en algunas jurisdicciones como vida cuando un tercero criminal lo mata, pero no cuando su propia madre lo mata con la ayuda de un abortista, como es permitido más o menos por la legislación de cada Estado).

La objeción de que la aplicación por un juez de la ley de Dios a cuestiones morales constituye un «activismo judicial» inadmisibles es una artimaña contra el deber moral. Un juez (como un legislador o cualquier otro funcionario público) está obligado a actuar de conformidad con la ley de Dios cuando las cuestiones de ley positiva que implican moralidad se le presenten de forma rectilínea bajo el título constitucional de «libertad». Y si vamos a buscar el «sentido original» de ese término, es preciso que consultemos al Fundador del mundo antes que a los fundadores de una sociedad civil particular: «Vosotros conoceréis la verdad, y la verdad os hará libres» (69). La respuesta al positivismo judicial liberal que viola la ley de Dios a cada vuelta no es un positivismo jurídico «conservador» que devuelve las cuestiones morales de nuevo al Coliseo legislativo, donde los cristianos (y todos los demás que se preocupan por preservar el orden moral) están sucumbiendo a los leones. Ningún jurista que dice ser creyente debe temer a seguir una filosofía judicial que refleja lo que el icono de los derechos civiles estadounidense Martin Luther King, –un pastor protestante– escribió la célebre frase desde su celda en la cárcel de Birmingham, en la década de 1960:

«Estaría de acuerdo con San Agustín en que “una ley injusta no es ley en absoluto”... Una ley justa es código hecho por el hombre que cuadra con la ley moral o la ley de Dios. Una ley injusta es un código que no está en armonía con la ley moral. Para decirlo en los términos de Santo Tomás de Aquino: “Una ley injusta es una ley humana que no se basa en la ley eterna y la ley natural”» (70).

Es hora, en definitiva, para el personal judicial «conservador»,

at the time the conduct takes place, is guilty of a separate offense under this section”). Véase también, Uniform Code of Military Justice, Article 119a.

(69) Juan 8, 32.

(70) MARTIN LUTHER KING, *Carta desde una cárcel de Birmingham* (1963).

especialmente aquellos que son católicos, de reconocer que, como el cardenal Manning observara una vez, «todas las diferencias humanas en última instancia, son religiosas» (71). Y eso es ciertamente verdad cuando se trata de las diferencias sobre la cuestión de la libertad humana que bajo la Constitución de Estados Unidos o cualquier otro documento que tenga por objeto asegurar la libertad. Los liberales reconocen esto implícitamente, por lo que están ganando la guerra cultural en los Estados Unidos mediante el riguroso cumplimiento de su «anti-teología» del Estado (por recordar el término usado por Hancock).

Sólo cuando los conservadores –tanto dentro como fuera del Tribunal, en Estados Unidos y en cada nación occidental– comiencen a invocar y defender la ley de Dios, más que la voluntad del pueblo o el texto de un documento solos, puede haber esperanza de recuperar el inmensa territorio moral que hemos perdido y de evitar una derrota final que sólo puede significar la destrucción de lo que queda del orden moral y la persecución abierta de los cristianos creyentes en todo el mundo occidental.

El que entre nosotros todavía no vea esto, está tocando la lira mientras Occidente está en llamas.

(71) Citado en WILHELM RÖPKE, *A Human Economy* (South Bend: Gateway Editions), 1958, págs. 4, 75.