

LAS “UNIONES DEL MISMO SEXO” Y EL PROBLEMA  
DEL POSITIVISMO LEGAL: UNA PERSPECTIVA  
DESDE ESTADOS UNIDOS (I):  
INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

POR

CHRISTOPHER A. FERRARA (\*)

INTRODUCCIÓN

Los católicos en los Estados Unidos de América conocieron en julio de 2005 la desasosegante noticia de que, a pesar de la fuerte oposición de la Iglesia Católica, en España se había legalizado el «matrimonio entre personas del mismo sexo», después de una campaña en favor del mismo por parte del presidente José Luis Rodríguez Zapatero (1). España se unía entonces a una serie cada vez mayor de otras naciones que han legalizado el «matrimonio gay» o algún equivalente legal al mismo, tales como «las uniones de hecho registradas» o las «parejas estables registradas» (2). Es

---

(\*) 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) JENNIFER GREEN, *Spain Legalizes Same-Sex Marriage: Prime Minister Makes Unexpected Speech Backing Law Termed “Unjust”, by Church* [“España legaliza el matrimonio del mismo sexo: el primer ministro hace inesperado Discurso apoyando la Ley denominada ‘injusta’ por la Iglesia”], *The Washington Post*, Viernes, 1 de julio 2005.

(2) Alemania (asociación de vida), Andorra (cohabitación registrada), Austria (cohabitación no registrada), Bélgica (“matrimonio” del mismo sexo), Croacia (cohabitación no registrada), República Checa (asociación registrada), Dinamarca (asociación registrada), Finlandia (asociación registrada), Francia (asociación registrada), Hungría

evidente que nos enfrentamos a un fenómeno que está azotando el mundo occidental y que crea una incipiente crisis de la conciencia de los católicos en las naciones occidentales, a quienes se preguntará sobre la validez de dichas uniones homosexuales.

En esta conferencia presentaré la perspectiva estadounidense de esta crisis inmediata. Dejando aparte el problema, que viene de largo, sobre la legalización del aborto, en el que los Estados Unidos fue uno de los pioneros occidentales gracias a la famosa sentencia de la Corte Suprema de EE.UU en el caso *Roe vs. Wade* (3), la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo, presenta incuestionablemente el caso más claro por el momento de la historia de la jurisprudencia estadounidense de un conflicto entre la ley positiva y la conciencia cristiana. El abogado de derechos civiles estadounidense y asesor legal Roger Severino no exagera cuando dice que en mi país: «El movimiento en favor del matrimonio homosexual entra de lleno dentro del alcance de la libertad religiosa» (4).

En lo que sigue nos referiremos a esta situación y propondremos una respuesta católica no sólo para América sino también otros países occidentales. En la primera parte se esbozará el contexto político y jurídico del cual ha surgido la cuestión del «matrimonio gay» en el sistema legal estadounidense. En la segunda parte se discutirán algunos de los detalles jurídicos relativos a la forma en que el tema ha sido abordado en diversas jurisdicciones de Estados Unidos y en la crisis resultante de conciencia para cristianos creyentes y en

---

(asociación registrada), Irlanda (proyecto de ley pendiente), Islandia (asociación registrada), Italia (cohabitación registrada en algunas regiones), Liechtenstein (proyecto de ley pendiente), Luxemburgo (asociación registrada), Noruega (“matrimonio” del mismo sexo bajo la ley de matrimonio de “sexo neutral”), Países Bajos (“matrimonio” del mismo sexo), Portugal (cohabitación no registrada), Reino Unido (asociación registrada), Suecia (proyecto de ley pendiente), Suiza (asociación registrada). Fuente: ILGA Europa (una organización de “derechos de los homosexuales”).

(3) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973) (que encuentra un derecho constitucional al aborto, «fundado en el concepto de la Decimocuarta Enmienda sobre la libertad personal y sobre las restricciones a la acción del Estado», y teniendo en cuenta «las recientes sentencias de tribunales estatales y federales que anulan las leyes estatales existentes» en contra del aborto, incluso antes de la sentencia de la Corte Suprema).

(4) ROGER SEVERINO, *Or for Poorer? How Same-Sex Marriage Threatens Religious Liberty* [“¿O para más pobres? Cómo el matrimonio del mismo sexo amenaza a la libertad religiosa”], *20 Harvard Journal of Law and Public Policy* 939 (2007), 981.

particular para la Iglesia Católica. En la tercera parte se ofrecerá una conclusión acerca de lo que se puede hacer para evitar una inminente derrota final por parte de lo que el Papa Benedicto XVI ha descrito acertadamente como la «dictadura del relativismo» (5), una conclusión que puede aplicarse a todas las naciones occidentales.

## I. LOS ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA CUESTIÓN

### A. Su preeminencia federal

Para apreciar los antecedentes jurídicos de la cuestión de los «matrimonios gay» en Estados Unidos, primero debemos considerar un elemento fundamental en el contexto jurídico norteamericano: la supremacía del gobierno federal y de la Constitución federal sobre los gobiernos y las constituciones de los diversos Estados.

De acuerdo con cierta leyenda áurea, los fundadores de América crearon un “gobierno limitado” de poderes específicos, y en virtud de la Décima enmienda de la Constitución de Estados Unidos, los diversos Estados debían conservar todos los poderes excepto aquellos «limitados» delegados a la unión federal. Esos «poderes limitados» (\*) del gobierno nacional, sin embargo, incluyen la potestad de crear tributos a toda la nación, de pedir prestado y gastar, pagar deudas, acuñar moneda y regular todo el comercio interestatal y extranjero, reclutar un ejército y marina, declarar y proseguir la guerra, y celebrar tratados con las potencias extranjeras, imponer milicias estatales para sofocar insurrecciones contra el gobierno federal por la fuerza, establecer un poder judicial federal, «proveer al el bienestar general» y promulgar todas las leyes consideradas «necesarias y apropiadas» para ejercer estos poderes federales. Al mismo tiempo, a los Estados se les prohíbe

---

(5) Homilía del Cardenal JOSEPH RATZINGER, Decano del Colegio Cardenalicio, Misa “Pro Eligendo Pontifice”, 18 de abril de 2005.

(\*) N. del T.: Preferimos traducir *powers* por «poderes», «potestades» frente a las más difundidas versiones de «facultades» o «competencias». Nos mueve a ello tanto la literalidad, como la tradición jurídica clásica.

hacer tratados, concertar alianzas o confederaciones, acuñar moneda, aprobar leyes que afecten derechos contractuales, imponer gravámenes sobre el comercio, para hacer la guerra o «celebrar convenio o pacto alguno con otro Estado o una potencia extranjera» (6). Además, en virtud del artículo VI toda legislación federal «será la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado», invalidando así, en caso de conflicto con la autoridad federal o la Constitución federal, todas las leyes, las decisiones judiciales y las constituciones de los Estados (7). Por último, en virtud del artículo III de la Constitución de los EE.UU., el Tribunal Supremo es la suprema autoridad judicial de los Estados Unidos, y por lo tanto tiene la última palabra en lo que se refiera a los límites de la autoridad federal *vis-à-vis* los Estados.

No pasó mucho tiempo después de la ratificación de la Constitución por los 13 estados originarios en 1789 (seguida de la Declaración de Derechos de 1791) para que el Tribunal Supremo, invocando precisamente la «cláusula de supremacía» del artículo VI, declarase que, a pesar de la Décima Enmienda, el gobierno federal de los Estados Unidos es «supremo dentro de su esfera de acción», lo que el Tribunal incluyera ser los «poderes implícitos» del gobierno federal en virtud de la «cláusula necesaria y apropiada», es decir todos los poderes necesarios para llevar a efecto dichos otros poderes enumerados específicamente, incluido el poder de «velar por el bienestar general» (8). Más tarde, el Tribunal Supremo señaló que la Décima Enmienda «afirma la obviedad de que retiene todo lo que que no ha sido entregado» (9) obviedad, debido a que es el poder judicial federal, y en última instancia, el Tribunal Supremo, quien determina qué es lo que los Estados han retenido y qué han cedido al gobierno federal. Mucho más recientemente, incluso una mayoría «conservadora» del Tribunal Supremo declaró que la Décima Enmienda es «esencialmente una tautología» sin ningún

---

(6) Constitución de los EE.UU., artículo I, § 8; artículo I, § 10.

(7) Constitución de los EE.UU., artículo VI, cláusula 2.

(8) *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 406 (1819).

(9) *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 124 (1941).

significado aparte de un análisis de la corte federal sobre el alcance de la autoridad federal, según lo establecido en los amplios poderes enumerados en el artículo I de la Constitución, la «necesaria y adecuada cláusula», la «cláusula de bienestar general» y la «cláusula de comercio», todo lo cual creó un «marco» de los poderes federales que ha sido lo suficientemente flexible en los últimos dos siglos, para permitir los enormes cambios en la naturaleza del gobierno. El Gobierno Federal realiza al día de hoy actividades que habrían sido inimaginables para los Redactores [de la Constitución]. Sin embargo, los poderes conferidos al Gobierno Federal por la Constitución, fueron redactados en un lenguaje lo suficientemente amplio para permitir la expansión de la función del Gobierno Federal (10).

Este desarrollo debe ir asociado con la así llamada «doctrina de incorporación», según la cual la Primera Enmienda y los demás derechos «asegurados» por la Constitución se incorporan a la Decimocuarta Enmienda y son por tanto de aplicación a los Estados (junto con la Decimocuarta Enmienda en sí misma), anulando todas las leyes estatales contrarias en virtud de la «cláusula de supremacía» (11).

## B. Positivism legal (\*)

En segundo lugar, debemos considerar también que el resultante marco jurídico federal, es enteramente positivista, de la misma manera que el de todos los estados nacionales modernos

(10) *New York v. U.S.*, 505 U.S., 144, 157 (1992) (énfasis añadido).

(11) Este proceso se inició con la sentencia en *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), en la que el Tribunal declaró que la Enmienda XIV a la Constitución de los EE.UU. había extendido la libertad de expresión y la libertad de prensa de un nivel federal a los gobiernos de los estados individuales. Por la misma razón el Tribunal impuso después a los Estados, en una serie de sentencias, la separación entre Iglesia y Estado por mandato de la «cláusula de establecimiento» de la Primera Enmienda, que prohibía al Congreso (y a los estados) promulgar cualquier ley «respecto al *establishment* [establecimiento, institución] de la religión...».

(\*) N. del T.: Preferimos también traducir *Legal Positivism* por «Positivism legal» frente a la más difundidas versiones de «Positivism jurídico», por los mismos criterios de literalidad, como de sujeción la tradición jurídica clásica.

post-cristianos, en contra de otra leyenda dorada: los Estados Unidos, comunidad política cristiana. Como apunta el historiador del Derecho John Witte, Jr. de la Universidad de Emory a propósito de la Constitución de los EE.UU.: «Una referencia a “el Año de nuestro Señor” se cuele en la fecha del instrumento. Pero nada más. La “Constitución sin Dios” ha sido desde entonces tanto elogiada como deplorada» (12). Y, como el Senado de Estados Unidos declaró por unanimidad en el Artículo XI del Tratado de Trípoli, ratificado en 1797: *the United States of America is not, in any sense, founded on the Christian religion...* «los Estados Unidos de América no están, en ningún sentido, fundados en la religión cristiana...» (13). Cualesquiera fuera el carácter cristiano que pudiera ser evidente en los primeros tiempos de la república estadounidense, se trató de una herencia cultural rápidamente menguante y que no encuentra ninguna expresión vinculante ni en la Constitución ni en otras leyes orgánicas de los Estados Unidos (14).

El positivismo legal del régimen constitucional de Estados Unidos es un reflejo de su fundación, no ya en principios cristianos, o siquiera de ley natural como se supone popularmente, sino en los principios de la modernidad política enunciada por Locke, Montesquieu y otros pensadores de la así llamada *Ilustración*. La

---

(12) JOHN WITTE, Jr., *Religion and the American Constitutional Experiment: Essential Rights and Liberties* [“La religión y el experimento constitucional de los EE.UU: derechos esenciales y libertades”] (Boulder, CO: Westview Press, 2000), 61.

(13) Un texto digital del Tratado se mantiene en el *Avalon Yale Law School's Project* accesible en [yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/barbary/bar1796t.htm](http://yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/barbary/bar1796t.htm). La versión sustituida del Tratado de 1805, en el artículo XIV, elimina el rechazo explícito de los principios cristianos, pero retiene la declaración según la cual «como el Gobierno de los Estados Unidos de América, no tiene en sí ningún carácter de enemistad contra las leyes, la religión o la tranquilidad de los musulmanes ... se declara por las partes contratantes que ningún pretexto derivado de Opiniones Religiosas producirá nunca una interrupción de la Armonía existente entre las dos Naciones». Esta alternancia no disminuye la importancia histórica de la *desautorización* original y expresa del Senado y del Presidente sobre cualquier fundación cristiana del gobierno de los Estados Unidos.

(14) La Declaración de Independencia, con su referencia a deísta a la *Nature and Nature's God* «la Naturaleza y al Dios de la Naturaleza», una formulación que hubiera sido aceptable a Spinoza, nunca ha sido citada como jurídicamente vinculante en ninguna sentencia del Tribunal Supremo o ningún tribunal federal, aunque haya sido referida *obiter dicta* en numerosas ocasiones.

contribución de Locke es decisiva. Como concluyera Francis Fukuyama: «A pesar de los esfuerzos de algunos recientes estudiosos para ver las raíces del régimen estadounidense en el republicanismo clásico, la fundación de Estados Unidos fue concienzuda, cuando no totalmente imbuida con las ideas de John Locke» (15). Locke es, simplemente, «el filósofo de Estados Unidos» (16). Esto es cierto en «ambas teorías de Locke de la epistemología [materialista] de la experiencia y de la tolerancia», las cuales han tenido gran importancia para «la forma y dirección del pensamiento y la experiencia estadounidenses» (17) y por lo tanto para la forma y dirección en general del pensamiento occidental. La Revolución Americana estuvo, en suma, «basada en el desarrollo radicalmente revolucionario de la teoría de Locke...» (18).

El paradigma lockeano de la modernidad política es, por supuesto, el pacto social por el cual cada miembro del Estado renuncia a su libertad en el estado hipotético de la naturaleza «en manos de la comunidad ... Y así, dejado a un lado todo particular juicio de cada miembro particular, la comunidad viene a ser árbitro; y mediante leyes comprensivas e imparciales y hombres autorizados por la comunidad para su ejecución, decide todas las diferencias que acaecer pudieren entre los miembros de aquella compañía en lo tocante a cualquier materia de derecho» (19). El resultado es la creación de lo que Locke denomina *one Body Politick under one supreme Government* «un Cuerpo Político bajo un Gobierno supremo» (20). El órgano supremo del «gobierno supremo», independientemente de la forma que tome el gobierno (democracia, la oligarquía o monarquía) es la rama legislativa, al que las ramas ejecutiva y “federativa” de Locke están sometidas. El poder legislativo no es sólo «el sumo poder de la comunidad polí-

(15) FRANCIS FUKUYAMA, *The End of the History and the Last Man* [“El fin de la Historia y el último hombre”] (New York: Free Press, 2006), 158.

(16) KENNETH L. CRAYCRAFT, *The American Myth of Religious Freedom* [“El mito americano de la Libertad Religiosa”] (Dallas: Spence Publishing Company, 1999), 35.

(17) DAVID A.J. RICHARDS, *Toleration and Constitution* [“La tolerancia y la Constitución”] (Nueva York: Oxford University Press, 1986), 107-108.

(18) MURRAY ROTHBARD, *The Ethics of Liberty* [“La ética de la Libertad”] (Nueva York: New York University Press, 2002), 23.

(19) JOHN LOCKE, *Two Treatises* [Dos tratados sobre el gobierno civil], II. vii. 87.

(20) JOHN LOCKE, *Two Treatises* [“Dos tratados sobre el gobierno civil”], II. vii. 89.

tica, sino que permanece sagrado e inalterable en las manos en que lo pusiera la Comunidad» (21). Si bien es la mayoría suprema de la multitud la que elige el cuerpo legislativo, una vez elegido el legislador es la máxima autoridad en la tierra: «toda la Obediencia, que se vea el hombre obligado a rendir por los más solemnes Vínculos, viene a terminar en este Sumo Poder». En una clara referencia a la Iglesia Católica y el papado, Locke declara además: «Y no pueden Juramentos ante cualquier poder extranjero, o cualquier poder subordinado doméstico, descargar a ningún miembro de la sociedad de su obediencia al poder legislativo..» (22).

Pionero tanto en utilitarismo como en el positivismo legal, Locke fue tan lejos como para argumentar que el poder supremo de la legislatura en la tierra es tal que el legislador puede, legítimamente, contravenir la ley divina «para el bien de la Comunidad» y que, incluso, Dios accede a esta infracción. Esto es así incluso cuando la decisión del legislador no sólo sea tolerar, sino prohibir expresamente lo que la ley de Dios ha ordenado. A modo de ejemplo, Locke cita la ley pública inglesa que prohíbe dar limosna a los mendigos (uno de los muchos «frutos» del capitalismo temprano) a pesar del precepto divino que exige la limosna, y luego hace esta declaración sorprendente:

«Dios alguna vez (tanto se cuida de la conservación del gobierno) hace que su [sic] ley se someta y condesciende en algunos grados a la ley del hombre; su ley prohíbe el vicio, pero la ley del hombre a menudo se hace que la medida de él. Ha habido mancomunidades que han hecho el robo lícito, con tal de que no fueran capturados en el hecho..»

Esto anoto, por cierto, para mostrar hasta qué punto el bien de la república es el estándar de todas las leyes humanas, cuando [sic] parece limitar y alterar la obligación de incluso algunas de las leyes de Dios, y cambiar la naturaleza del vicio y la virtud. Es por ello que el magistrado que pudiera hacer el robo legal no podría en cambio convertir legítimos el perjurio o el fraude, porque sería destructivo para la sociedad humana» (23).

(21) JOHN LOCKE, *Two Treatises* [“Dos tratados sobre el gobierno civil”], II. xi. 134.

(22) *Ibid.*

(23) *Ibid.*, 145.



Aquí no se debe soslayar la gran influencia que sobre los Fundadores Americanos ejerció «liberalismo moderado» de Montesquieu, tal y como se enuncia en su obra *El Espíritu de las Leyes*, el gran hito del pensamiento ilustrado que emplea la nascente sociología y la antropología comparativa con el fin de relativizar los códigos legales y morales bajo la apariencia de ofrecer un estudio secular sobre las «cosas que no son ciertas más que en el sentido de corresponderse con un modo universal de pensamiento, mas no consideradas en su relación con las verdades de una naturaleza más sublime» (24). Con el *Espíritu de las Leyes* se abre ampliamente la puerta al positivismo legal, como han reconocido expertos como Michael P. Zuckert, de Notre Dame. Zuckert se refiere a «los astutos esfuerzos de Montesquieu para confundirnos y frustrarnos» y del «carácter esquivo de los últimos principios que él juzga políticos» (25).

Argumentando en contra de esta conclusión, el estudioso de Montesquieu Paul O. Carrese observa que el positivismo legal estadounidense de Oliver Wendell Holmes —el que de forma infame justificara la esterilización forzosa de personas con discapacidad mental argumentando que «tres generaciones de imbéciles son suficientes» (26)—, como una de las posibles versiones de la aplicación de liberalismo «moderado» de Montesquieu. Tras señalar que «finalmente prevalecieron más doctrinas de Locke y Rousseau entre los pensadores estadounidenses influyentes» (27), Carrese sostiene que los Fundadores tenían en mente «una versión del legado de Montesquieu», que «atenuaría el racionalismo y el positivismo de la filosofía liberal con elementos más aristotélicos

(24) *El Espíritu de las Leyes*, XXIV.1.

(25) MICHAEL ZUCKERT, *Natural Law, Natural Rights and Classical Liberalism: On Montesquieu's Critique of Hobbes* ["La Ley Natural, los derechos naturales y liberalismo clásico: acerca de la crítica de Montesquieu a Hobbes"], 29; accesible en el *Notre Dame electronic archive*, [americandemocracy.nd.edu / working\\_papers / files / natural\\_law\\_natural\\_rights\\_classical\\_liberalism.pdf](http://americandemocracy.nd.edu/working_papers/files/natural_law_natural_rights_classical_liberalism.pdf).

(26) *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

(27) PAUL O. CARRESE, *Montesquieu's Complex Natural Right and Moderate Liberalism: The Roots of American Moderation* ["El derecho natural complejo de Montesquieu y el liberalismo moderado: raíces de la moderación americana"], *Polity*, vol. 36. N.º 2 (2004), 17.

de la ley común» (28). ¿Pe ro dónde pueden ser encontrados exactamente estos «elementos aristotélicos» templadores como principios identificados en la teoría política de Montesquieu? Como el mismo Carrese admitiera: «En vez de la ley del espíritu humano buscado por Aristóteles y Santo Tomás, él analiza el espíritu de las leyes, preparando así, pero no asumiendo, una ciencia social de valores neutrales» (29). Y un sistema legal de valores neutrales, —esto es, de valores tradicionales neutrales—, es lo que tenemos en Estados Unidos.

En el positivismo legal resultante americano está implícito el principio de que las mayorías electorales no están gobernadas por la ley divina o natural, y que el cumplimiento de la ley divina (en su aspecto moral), o siquiera de la nuda ley natural simplemente no es el asunto de gobierno. Al hablar en la Universidad Gregoriana de Roma en 1996, el juez Antonin Scalia, un católico practicante, considerado ampliamente como el jurista más conservador en el Tribunal Supremo, declaró: «La responsabilidad del gobierno es el aquí, no el más allá ... Yo creo que es tarea del Estado cuidar del hombre natural, y que corresponde a los individuos y asociaciones religiosos cuidar del hombre sobrenatural» (30). Esta es precisamente la visión de Locke, quien insistió en que el papel del Estado está «confinado al cuidado de las cosas de este mundo, que no tienen nada que ver con el mundo por venir» (31), y que «el cuidado de las almas ... que ni pertenece a la Comunidad ni puede estar sujeto a ella, se deja enteramente al arbitrio de cada hombre» (32). Tras escindir al hombre en su dimensión natural y sobrenatural —división que es antesala de la modernidad política— Scalia continuó diciendo que en una democracia, que no tiene

---

(28) PAUL CARRESE, *The Cloaking of Power* [“El Encubrimiento de poder”] (Chicago: University of Chicago Press, 2003), Parte. III, *Montesquieu’s Judicial Legacy in America* [“El legado judicial de Montesquieu en Estados Unidos”] 179.

(29) PAUL O. CARRESE, *Montesquieu’s Complex Natural Right and Moderate Liberalism*, 5.

(30) ANTONIN SCALIA, *Of Democracy, Morality and the Majority* [“De la democracia, la moral y la mayoría”], transcripción de Q & A después de dicha alocución en la Gregoriana, 2 de mayo de 1996, en *Origins*, vol. 26, No. 6 (27 de junio de 1996), 87.

(31) LOCKE, *Letter Concerning Toleration* [“Carta sobre la tolerancia”], 26, 28, 48.

(32) *Ibid.*, 26, 27, 35, 48.

nada que ver con lo sobrenatural del hombre, la mayoría de ellos debe tener todo lo que desee, incluso aborto legal:

«Si la gente, por ejemplo, quiere aborto, el Estado debería permitir el aborto en una democracia .... El decir 'Ah, pero es contrario a la ley natural' es decir que simplemente te sitúas por encima del estado democrático y pretendes decidir en lugar de la mayoría de la gente qué es lo bueno y qué es lo malo. No acepto eso como una función propia ....» (33).

«Y me temo que muchos teólogos pierden mucho de su tiempo convirtiéndose en politólogos, debido a la noción según la cual los fines del cristianismo se lograrán de alguna manera a través del estado...» (34).

Tal revelara el juez Scalia en su Voto particular a una Sentencia del Tribunal Supremo que afirmaba el «derecho constitucional» al aborto, el problema para él no es que tal «derecho» exista en la ley, sino que haya sido impuesto a los Estados por el Tribunal Supremo antes que por la requeridas mayorías electorales: «La permisividad del aborto, y las limitaciones a él, han de ser resueltas, como las más importantes cuestiones en nuestra democracia: mediante ciudadanos tratando de persuadir unos a otros y después votando» (35).

El punto de vista de Scalia –expresada tanto privada como públicamente– es por supuesto una declaración de principio fundamental de la democracia de masas que es la República de América; el mismo principio es fundacional para las políticas de las naciones de la UE y para la generalidad de las naciones occidentales de hoy. Que esta visión sea expresada por un jurista católico de tal preeminencia, que ha excluido totalmente no sólo su catolicismo, sino incluso la ley natural de la esfera de la jurisprudencia estadounidense, es una prueba descarnada del positivismo legal absoluto de las democracias occidentales.

---

(33) *Ibid.*, 87, 88.

(34) *Origins*, 27 de junio de 1996, vol. 26, No. 6, 87, 90.

(35) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 EE.UU. 833, 979 (1992) (Voto particular que formula).

### C. La subordinación de la religión al poder del Estado

En tercer lugar, debemos considerar la naturaleza nítidamente restringida de la «libertad religiosa» en Estados Unidos (y de hecho en todas las comunidades políticas occidentales). Como escribe el politólogo Ralph C. Hancock, no es si no «el lockeanismo celoso de la Revolución Americana», junto con la «Ley de Tolerancia» de Locke (36), lo que resultó en «la relegación de la religión de la esfera pública a la privada», reflejando así, no una «neutralidad religiosa» (como si fuera posible para un gobierno ser «neutral» con respecto a la religión), sino más bien una «honda hostilidad filosófica, en primer lugar hacia la religión revelada ...» —evidente en el deísmo en la práctica totalidad de los Padres Fundadores de primer rango (37) y en el de los primeros cinco Presidentes de los Estados Unidos (38), y en consecuencia, en una verdadera «anti-teología» del Estado (39). George Will ha obser-

---

(36) Según la cual todas las religiones deben ser toleradas a condición de que de acuerden tolerarse mutuamente y renuncien a cualquier influencia sobre el proceso político, que asciende a un acuerdo para neutralizar a la religión en la esfera pública. Locke exceptuó el catolicismo romano de la Ley de la tolerancia, ya que temía la lealtad de sus adeptos a Roma y su “triumfalista” tendencia a crear un Estado confesional. Cf. *Essay on Toleration* [“Ensayo sobre la tolerancia”], III.I.2, en Cambridge Edition, 151 (negando la tolerancia a «papistas y fanáticos»); *Letter on Toleration* [“Carta sobre la tolerancia”], 46, 53 (Negando la tolerancia a los religiosos que «se arrogan a sí mismos, y los de su propia secta, alguna peculiar prerrogativa cubierta con un espectáculo engañoso de las palabras disimuladas ...» y que «atribuyen a los fieles, religiosos y ortodoxos, es decir, en términos llanos, en sí mismos, cualquier privilegio particular o de potencia sobre el resto de los mortales, en asuntos civiles, o que so pretexto de la religión se oponen a cualquier forma de autoridad sobre los que no son asociados con ellos en su comunión eclesiástica ... », queriendo decir los católicos).

(37) Como señala R.R. PALMER, en su autorizado trabajo de dos volúmenes *The Age of the Democratic Revolution* [“La Edad de la Revolución Democrática”]: «En cuanto a los líderes de la Revolución Americana, sería innecesario demostrar que la mayoría de ellos eran deístas ... Al igual que Jefferson en la Declaración de Independencia, apelaban a las leyes del Dios de la Naturaleza. No parece que sintieran, no obstante ... que estas leyes imponían límites serios a su libertad de acción política». *Ibid.*, 194.

(38) Cfr. DAVID L. HOLMES, *The Faith of the Founding Fathers* [“La fe de los Padres Fundadores”] (Oxford: Oxford University Press, 2006).

(39) RALPH C. HANCOCK, *Religion and the Limits of Limited Government* [“La

vado francamente que «un propósito central de las disposiciones políticas de Estados Unidos es la subordinación de la religión al orden político, significando esto la primacía de la democracia ... Es la intención de los Fundadores» (40). Más específicamente, como señala Hancock, «los Estados Unidos se basan en una subordinación lockeana del Cristianismo a fines seculares» (41). La teoría política de Locke, escribe Thomas Pangle, tiene por objeto «la moderación la religión y su subordinación a las necesidades de una sociedad diseñada de acuerdo con principios racionales» (42). Los Fundadores siguieron el objetivo de Locke inquebrantablemente, y lo consiguieron con éxito espectacular. La religión en Estados Unidos es un tigre desdentado ante el poder del Estado, sin que ni siquiera pueda contrarrestar con un gruñido sus dente-lladas.

Como las propias observaciones francas del Juez sugieren, tiene razón el abogado y estudioso católico Kenneth Craycraft al hablar de «el mito americano de la libertad religiosa», que es parte de un régimen que inexorablemente «erradica el testigo insubordinado de la fe ortodoxa» (43), sometiéndola en todos los casos de conflicto con la voluntad de la mayoría. La modernidad política ya no respeta la diarquía gelasiana de los dos poderes, espiritual y temporal, con este último sujeto al primero en cuestiones de moral social y la justicia allí donde las jurisdicciones de los dos poderes se solapan (44). Nada menos que John Courtney Murray,

---

religión y los límites del Gobierno Limitado”], *The Review of Politics*, vol. 50, No. 4 (otoño, 1988), 696.

(40) GEORGE WILL, *Conduct, Coercion and Belief* [“Conducta, coerción y creencia”], *Washington Post*, 22 de abril de 1990, citada en CRAYCRAFT, *American Myth of Religious Freedom* [“El mito americano de la libertad religiosa”], 20.

(41) RALPH C. HANCOCK, *Religion and the Limits of Limited Government* [“La religión y los límites del Gobierno Limitado”], 686.

(42) THOMAS PANGLE, *The Spirit of Modern Republicanism* [“El Espíritu del republicanismo moderno”] (Chicago: University of Chicago Press, 1990), 214.

(43) KENETH CRAYCRAFT, *American Myth of Religious Freedom* [“El mito americano de la libertad religiosa”], 25.

(44) De la histórica Declaración de Papa Gelasio I en su carta al emperador Anastasio (494) sobre la supremacía del poder espiritual sobre el temporal en caso de conflicto: «Son dos en realidad, oh augusto emperador, ‘los poderes’ por los cuales este mundo está principalmente dirigido; la autoridad en virtud de la consagración de los pontífices y la potestad real; de esos dos ‘poderes’ es tanto más grave el peso de los sa-

SJ, el famoso autor de la propuesta estadounidense sobre la libertad religiosa en el Vaticano II, ha admitido que, mientras que la diarquía gelasiana era «la dinámica de la revolución cristiana», la modernidad política declara que «el mundo es gobernado mediante uno» – es decir, el poder del pueblo, expresándose en la preferencia de una mayoría y, más allá o por encima o al lado de este poder, no hay otro». Murray llama a esto el «monismo de poder» en la sociedad (45). Con referencia a los Estados Unidos, Murray incluso se queja de que «el principio republicano de [James] Madison proporciona las motivaciones finales para la última palabra sobre todas las cuestiones humanas ...» (46). El resultado, lamenta Murray, es que en los Estados modernos las iglesias son vistas (precisamente como Locke, Madison y Jefferson las consideraban) como simples «asociaciones voluntarias con fines limitados que no afectan el orden público...» (47). Y ese orden público, tal como lo describe, es «Una Sociedad, con Una Ley, y Un Soberano, el pueblo políticamente igual» (48). Murray incluso comparó la situación con la fusión de Hobbes de las autoridades temporales y espirituales en lo que Hobbes llamó «Leviatán, el dios mortal» (49). La modernidad política, concluye Murray, «ha declarado la doctrina gelasiana herética y la ha proscrito en nombre de la ortodoxia moderna, que es un racionalismo naturalista» (50).

La modernidad política de este modo, ha «rechazado la libertad de la Iglesia», y al hacerlo así ha cometido «una traición básica de la estructura existencial de la realidad misma» (51). Es decir, la «libertad religiosa» de la modernidad política permite la tole-

cerdotes». N. del T.: Se trata la Carta «Famuli vestrae pietatis», cuyo original original latino reza así: «Duo sunt quippe, imperator auguste, quibus principaliter mundus hic regitur, auctoritas sacra pontificum et regalis potestas, in quibus tanto gravior pondus est sacerdotum...» (DS 347).

(45) MURRAY, *We Hold These Truths* [“Sostenemos estas verdades”] (Kansas City: Sheed and Ward, 1960), 206, 208.

(46) *Ibid.*, 208.

(47) *Ibid.*, 210.

(48) *Ibid.*

(49) *Ibid.*, 207.

(50) *Ibid.*

(51) *Ibid.*, 215.

rancia de las creencias «privadas» e «individuales» –pero sólo hasta cierto punto, como veremos–, siempre que queden relegadas al ámbito de lo privado, mientras que la Iglesia está totalmente inhabilitada para cualquier «injerencia» en la política, perdiendo así la plenitud de su libertad, que es la de ser el «alma» del Estado, dirigiendo al Estado lejos del naufragio de orden moral (52). ¿No es esta la misma situación que prevalece en prácticamente todas las naciones occidentales de hoy, incluso cuando las naciones occidentales se jactan de su libertad «religiosa»?

Las aleccionadoras observaciones de Murray son confirmadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que demuestra la inestabilidad inherente de lo que ha sido siempre la precaria «tregua» entre el gobierno y la religión en Estados Unidos, una tregua, según la cual la religión está en última instancia, a la merced de una ley positiva contraria. En ningún lugar es esto más evidente que en una decisión reciente del Tribunal Supremo en que el juez Scalia, votando en un 6-a-3 de la mayoría, declaró: «Nunca hemos declarado que las creencias religiosas de un individuo lo excusen de su cumplimiento de una ley vigente que prohíbe la conducta que por otra parte el Estado tiene libertad para regular» (53). Scalia incluso cita al archiliberal Juez Frankfurter en este fallo: «La mera posesión de convicciones religiosas que contradigan las valoraciones relevantes de la sociedad política no exime al ciudadano de la dispensa de responsabilidad política» (54).

El lector más “conservador” de la Constitución de los EE.UU. del Tribunal Supremo además opinó que los propios Fundadores de Norteamérica pretendieron supeditar la creencia religiosa a la más general ley civil: «El derecho de libre ejercicio no exime a un individuo de la obligación de cumplir con una “ley válida y neutral de aplicación general sobre la base que la ley proscribire (o prescribe) una conducta que su religión proscribire (o proscribire)”» (55).

(52) Cfr. LEÓN XIII, *Immortale Dei* (1885), n. 6 («Es necesario, por tanto, que entre ambas potestades exista una ordenada relación unitiva, comparable, no sin razón, a la que se da en el hombre entre el alma y el cuerpo»).

(53) *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 878-79 (1990).

(54) *Ibid.*

(55) *Ibid.*, 879.

El dictamen de Scalia cita y se basa en un fallo muy anterior de Tribunal Supremo (56) en la que el Tribunal cita como «casi una declaración de autoridad» la famosa metáfora de Thomas Jefferson sobre el «muro de separación» entre Iglesia y Estado en América, como requerido por la Primera Enmienda (57). Scalia cita esta temprana sentencia del Tribunal Supremo para proponer que el Estado no puede permitir que «las doctrinas profesadas de creencia religiosa [sean] superiores a la ley de la tierra, y que en efecto permitan que cada ciudadano se convierta en ley para sí mismo» (58).

Mientras que la conducta considerada en la opinión mayoritaria del Juez Scalia fue el uso políticamente impopular del peyote por indios religiosos, los principios que él enunciara como fundacionales para el sistema estadounidense se extienden a cualquier forma de conducta motivada religiosamente que «el Estado es libre para regular», de acuerdo con «las valoraciones relevantes de la sociedad política» y «el *descargo* de las responsabilidades políticas» por parte de los ciudadanos. Cierto, este principio no hace daño allí donde la legislación general civil en cuestión prohíbe una conducta que viola también la ley natural, como el de la manipulación suicida de serpientes o la poligamia. En tales casos, la ley civil debería tener moralmente prioridad sobre las creencias y prácticas religiosas de los individuos. Pero en la comunidad política lockeana de Estados Unidos «las valoraciones relevantes de la sociedad política» y las «responsabilidades políticas» no están sujetas a las limitaciones de ningún absoluto moral o principio teológico —la Constitución, después de todo, ni siquiera menciona a Dios—, de modo que las disposiciones de la legislación civil estadounidense, adoptada por las mayorías electorales pueden estar, y a menudo están, en contradicción con la ley natural y divina. Es precisamente este desarrollo el que el Papa Benedicto está

---

(56) *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 164 (1878).

(57) Constitución de los EE.UU., la Enmienda I: «El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios».

(58) *Smith*, 494 U.S. at 879.



denunciando actualmente en sus manifestaciones europeas, al lamentar el fracaso de la Constitución de la UE en no hacer ninguna referencia a las «raíces cristianas» de Europa ni a ninguna deidad en absoluto (imitando así la Constitución estadounidense).

La subordinación de la creencia y práctica religiosas a la ley positiva fue confirmada por una mayoría «conservadora», en una sentencia posterior del Tribunal Supremo, fallada sólo un año después de los comentarios de Scalia en la *Gregoriana*. En ese caso, el Tribunal confirmó la denegación de un permiso de construcción para el arzobispo de San Antonio, Tejas, para la ampliación de una iglesia que había sido declarada de interés histórico por la Ciudad. En su opinión concurrente el Juez Scalia –en contradicción, extrañamente, con el Juez liberal O’Connor– declara que los Fundadores de Estados Unidos, siguiendo la filosofía de John Locke, jamás tuvieron la intención de permitir un libre ejercicio de la religión que superara el mantenimiento de la paz pública mediante la obediencia a «leyes generales»:

«Suponiendo, sin embargo, que la *affirmative protection* [protección positiva] de la religión otorgado por las tempranas leyes de ‘ejercicio libre’ [en las colonias y los Estados] abarcara tan ampliamente como la teoría disidente creyera necesario, esas leyes no apoyan la opinión disidente, ya que contienen ‘medidas provisionales’, que califican de manera significativa la *affirmative protection* [protección positiva] que conceden .... El ejercicio religioso se permitirá siempre y cuando no viole las leyes generales que rigen la conducta .... En el momento en que estas medidas provisionales fueron promulgadas, mantener la ‘paz’ y el ‘orden’ parece haber significado, precisamente, obedecer las leyes .... Esta limitación en el ámbito de ejercicio religioso habría estado de acuerdo con la filosofía de trasfondo político de la época (asociada predominantemente a John Locke), que considera la libertad como el derecho a ‘hacer sólo lo que no fue legalmente prohibida’ ....» (59).

Estas sentencias de muestra del Tribunal Supremo, así como los francos comentarios de Scalia, ilustran lo que siempre fue el caso en el contexto jurídico americano en ambos niveles estata-

(59) *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 539-40 (1997).

les y federales, incluso si las consecuencias sólo están siendo ahora cada vez atterradoramente claras para los católicos y otros creyentes en mi país: que la conciencia cristiana puede y será superada por la legislación civil contraria adoptada por la «suprema» autoridad legislativa, expresando la voluntad de la mayoría suprema.

Ciertamente, los gobiernos federales, estatales y locales en los Estados Unidos ya han promulgado lo que el juez Scalia llama «ley[es] válidas y neutral[es] de aplicación general» que penalizan legalmente todos los siguientes comportamientos motivada religiosamente:

la negativa a cumplir con las órdenes de los tribunales de divorcio que atentan disolver matrimonios sacramentales;

las manifestaciones pro-vida que supuestamente «interfieren» con el negocio de las fábricas del aborto, o aquellas que traspasen las *bubble zones* («zonas de burbuja») creadas judicial o estatutariamente, donde el discurso pro-vida de católicos y otros cristianos ha sido prohibida (60);

la negativa de instituciones católicas a proporcionar cobertura médica para la anticoncepción, la esterilización y el aborto (61);

la negativa de agencias de adopción de permitir la «adopción gay» (62);

---

(60) Véase la *Freedom of Access to Clinic Entrances Act* [“Ley de libertad de acceso a las entradas de clínicas”], 18 USC § 248 (que establece sanciones penales y civiles para cualquier defensor pro-vida que «intencionalmente lesione, intimide o interfiera con o intente lesionar, intimidar o interferir con cualquier persona» involucrada en la obtención o la realización de abortos), y el *Colorado Rev. Stat.* § 18-9-122 (3) (que declara ilegal «para cualquier persona que dentro de 100 pies de la entrada de un centro de atención de la salud se “acerque a sabiendas” a 8 pies de otra persona, sin el consentimiento de esa persona, con el fin de pasarle un folleto u octavilla, enseñarle una pancarta, o se enzarza en una protesta oral, educar o aconsejar a esa persona ...»).

(61) *Catholic Charities of Sacramento v. Superior Court*, 85 P.3d 67 (Cal. 2004); también, KEITH FOURNIER, *Federal Government (EEOC) goes after Belmont Abbey College for Being Catholic* [“el Gobierno Federal (EEOC) va a por el Colegio Belmont Abbey por ser católico”], [www.catholic.org](http://www.catholic.org), respecto de las denuncias por la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo por las cuales este Colegio benedictino se ha involucrado en la discriminación sexual violando el Título VII mediante la modificación de su plan de salud de empleados para excluir de su cobertura la anticoncepción, la esterilización y el aborto. 8/12/2009.

(62) *Massachusetts Tells Catholic Church it Must Permit Homosexual Adoption*

el rechazo de las organizaciones cristianas para contratar a homosexuales, proporcionar cobertura médica para los abortos y la anticoncepción, o proveer beneficios sanitarios a «parejas del mismo sexo».

En un Estado, un fotógrafo de bodas incluso ha sido llevado ante una comisión de derechos humanos por negarse a fotografiar una «boda gay» (63), y en otro un complejo hostelero metodista fue despojado de su exención tributaria por negarse a que fuera celebrada en un pabellón de su propiedad una ceremonia de «matrimonio gay» (64).

#### D. "La tiranía judicial"

El cuarto elemento de mi esbozo jurídico de los Estados Unidos trata de la revisión judicial y la nulidad de las leyes impugnadas bajo la Constitución de los EE.UU. y las constituciones de los diferentes Estados. Incluso en los casos en que la mayoría promulga una legislación acorde con la ley divina o natural —aunque, por supuesto, la legislación no puede alegar la ley divina o natural como fundamento para su adopción—, el Tribunal Supremo ha actuado para derribarlas como «inconstitucionales» (el más famoso en el caso del aborto) al igual que han hecho los tribunales superiores de los diversos Estados en virtud de sus respectivas constituciones estatales.

A la vista del marco positivista en la que se producen estas usurpaciones judiciales, sin embargo, la «tiranía judicial» resultante no es denunciada popularmente porque transgrede la ley divina o natural, como tal, sino porque (como el juez Scalia ha dejado claro) anula la voluntad suprema de la mayoría que actúa a través de la rama legislativa "suprema" autoridad lockeana. Aún más,

[“Massachusetts le dice la Iglesia Católica que debe permitir la adopción homosexual”], Lifesiteneews.com., 20 de febrero de 2006, en <http://www.lifesiteneews.com/ldn/2006/feb/06022010.html>; accesible el 7 de octubre de 2009.

(63) JOHN JALSEVAC, *Christian Photographer Hauled before Commission for Refusing Same-Sex Job* [“Fotógrafo Christian llevado ante la Comisión por negarse empleo del mismo sexo”], 30 de enero 2008, en [www.lifesite.net/ldn/2008/jan/08013004.html](http://www.lifesite.net/ldn/2008/jan/08013004.html).

(64) *Ibid.*

dado el marco positivista, incluso estas usurpaciones judiciales, incluida la legalización del aborto del Tribunal Supremo en *Roe v. Wade*, son aceptadas pasivamente como parte del *rule of law* [Estado de derecho] al cual se espera que los individuos, incluidos los juristas, legisladores y otros funcionarios públicos católicos, sometan sus creencias religiosas «personales». Contrariamente al «mito americano de la libertad religiosa», al creyente en Estados Unidos se le espera que se comporte como «un ateo bajo el verdadero Dios, en el Dios en quien cree» (65).

### E. El «equilibrio newtoniano»

Por último, no debe pasarse por alto la gran influencia que en los fundadores de Norteamérica ejercen las nociones montesquianas de «separación de poderes» y de la equilibrante y consiguiente «moderación» de fuerzas opuestas en esta nueva forma de sociedad política que ya no es una comunidad cristiana, sino más bien *one Body Politick under one supreme Government...* «un Cuerpo político bajo un solo Gobierno supremo ...». Carrese señala acertadamente que «el concepto montesquiano de moderación degrada la virtud moral y el equilibrio interno ético, conceptos centrales para la ética clásica y cristiana, a fin de comprender la mirada de ideas y acciones de la vida humana. Su formulación más general de que moderación es “espíritu” como en un equilibrio cuasi-newtoniano entre cuerpos, fuerzas, ideas» (66).

Con este elemento completando nuestra imagen –que por supuesto es la imagen, *mutatis mutandis*, de prácticamente todos los sistemas políticos occidentales de hoy–, podemos situar la cuestión del «matrimonio gay» en su contexto jurídico estadounidense: «un equilibrio cuasi-newtoniano entre los cuerpos, fuerzas, de ideas» en una sociedad post-cristiana, con el «cuerpo de Newton» federal ejerciendo una atracción gravitatoria masiva

---

(65) PIERRE MANENT, *An Intellectual History of Liberalism* [“Una historia intelectual del liberalismo”] (Princeton: Princeton University Press, 1995), 83.

(66) CARRESE, *Montesquieu’s Complex Natural Right* [“El complejo derecho natural de Montesquieu”], 7.

sobre los demás órganos —las Cámaras legislativas estatales, los Tribunales judiciales estatales y los electorados populares—, sin ningún principio de sujeción a la ley divina o natural que controle el resultado en la interacción y oposición de los diversos “organismos” involucrados en el proceso político.

En consecuencia, en los Estados Unidos las Cámaras legislativas federales y estatales, los tribunales federales y estatales, y los electores populares a todos los niveles, están todos involucrados en un tira y afloja sin fin sobre cuestiones morales, incluida la cuestión del «matrimonio gay». Pero, dado el marco positivista en el que estas fuerzas «newtonianas» se enfrentan, ninguno de los combatientes «conservadores» de las *culture wars*, guerras de la cultura, está dispuesto o capacitado para articular un principio explícitamente religioso (o incluso de ley natural) de oposición a la legislación sobre «matrimonio gay», porque a tal principio no se le reconoce vigencia en dicho marco. Examinemos ahora cómo este proceso positivista está operando jurídicamente, y en las consecuencias inminentes para el ejercicio de la conciencia cristiana.