

*Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 1 (2013): 137-163  
[http://dx.doi.org/10.5209/rev\\_FORO.2013.v16.n1.42551](http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO.2013.v16.n1.42551)

ISSN:1698-5583

## LA MORAL PÚBLICA Y LOS JUECES

Carlos Manuel ROSALES

Licenciado en Derecho por la UNAM  
Diplomado por la Universidad de Heidelberg  
Magister y doctorado en la Universidad de Chile

### RESUMEN

*El presente trabajo analizará el fundamento moral para la aplicación de sanciones por las conductas que alteran y lesionan el orden público. Por lo que se estudiará el papel de los jueces al valorar y juzgar esos actos bajo el principio del daño.*

*Palabras clave:* Moral pública, libertad, autonomía individual, principio de daño, jueces.

### ABSTRACT

*The current piece of work looks into the moral basis for suspension implementation for behavior against public order. We will thus study the role of judges to assess and judge such behavior, under the principle of damage.*

*Keywords:* Public Morality, Freedom, Self-Autonomy, Principle of Damage, Judges.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Die vorliegende Arbeit untersucht die moralischen Grundlagen der Anwendung von Sanktionen gegenüber Verhaltensweisen welche die öffentliche Ordnung gefährden oder verletzen. Es wird die Rolle der Richter bei der Bewertung und Verurteilung dieser Akte unter dem Aspekt des Schadenprinzips untersucht.*

*Schlüsselwörter:* Öffentliche Moral, Freiheit, individuelle Autonomie, Schadensprinzip, Richter.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. MORAL PÚBLICA.—III. LIBERTAD Y AUTONOMIA INDIVIDUAL.—IV. EL PRINCIPIO DE DAÑO COMO INSTRUMENTO PARA SANCIONAR ASUNTOS DE ORDEN PÚBLICO.— V. CONCLUSIONES.— VI. BIBLIOGRAFÍA.

### I. INTRODUCCIÓN

La manera en cómo se conducen las personas en una sociedad depende de varios factores como la costumbre, los valores comunes, la religión, la

ley, etc. Pero la mejor manera de establecer parámetros de comportamiento «adecuados» son el consenso y el diálogo.

De esta forma, los temas que definen qué es lo «correcto» siempre contendrán una carga moral y, por tanto, serán susceptibles de crítica y de opinión<sup>1</sup>.

Existe una gran variedad de temas que se han estudiado en el campo de la deontología jurídica, como la prostitución, la pornografía, el racismo, la libertad de expresión, el aborto y la eutanasia, entre otras<sup>2</sup>.

En general, estos asuntos pueden ser vistos como una forma inocua de libertad individual en el que cada persona puede disponer y gozar libremente de sus derechos. De esta manera, el derecho a ejercer, expresar y comunicar a otras personas nuestros pensamientos, ideas o sentimientos, es lo que reafirma la dignidad y el valor de toda persona como miembro de la sociedad y lo que permite al individuo desarrollar todo su potencial<sup>3</sup>. Las motivaciones de cada sujeto por las que realiza estos actos pueden tener varias fuentes como el convencionalismo social, el placer, la necesidad de expresión, etcétera<sup>4</sup>.

Las conductas tienen su respaldo basado en lo subjetivo y en el entendimiento de que se hace por convicción personal<sup>5</sup>, por lo que este comportamiento tiene una repercusión negativa si los demás miembros de la comunidad consideran que esa conducta no refleja un valor común. Bajo este supuesto, la sociedad determina un conjunto de obligaciones generales para que se garanticen y protejan los valores y/o principios que fomenten la conservación y unidad social.

Sin embargo, aunque las normas tengan el carácter de abstractas, generales e impersonales, no siempre reflejan a toda la sociedad, por lo que siempre hay sujetos que muestran su disconformidad<sup>6</sup>.

Aquí yace el contrapunto: el tema de la moral pública (moralidad) que determina principalmente los valores que unen a un grupo social<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Michael J. PERRY, *Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

<sup>2</sup> Cfr. Ronald DWORKIN, *Freedom's law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, y George PANICHAS, *Sex, morality and the law*, London, Routledge, 1997.

<sup>3</sup> Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004 p. 45.

<sup>4</sup> Vid. Thomas L. TEDFORD, *Freedom of speech in the United States*, State College, Strata, 2009, pp. 153 y 223.

<sup>5</sup> John RAWLS, *Liberalism political*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 54-66.

<sup>6</sup> H. L. A. HART, *Law, liberty and morality*, New York, Vintage, 1963, p. 3.

<sup>7</sup> Cfr. Richard JOYCE, *The evolution of morality*, Cambridge, The MIT Press, 2006.

Estos lineamientos de conducta estipulan, indican y califican qué es *bueno*, *correcto* o *justo*<sup>8</sup>, y en caso de no cumplirse estos señalamientos, ese individuo deberá ser sancionado con el objeto de inhibir la repetición de esa conducta considerada como nociva<sup>9</sup>.

Este trabajo intentará averiguar cómo y por qué pueden o deben tolerarse o sancionarse las conductas individuales que atenten contra el orden público y la moralidad; en qué casos y cuándo debe prohibirse alguna conducta, y, por último, cuál debe ser la valoración y decisión del juez al estudiar un asunto relacionado entre la autonomía individual y el respeto de la normatividad<sup>10</sup>.

Para comenzar este opúsculo se analizará el tema de la moral pública, por lo que se presentará cómo ha sido definida la misma. En este acápite observaremos cómo las normas deben reflejar a la sociedad (en el contexto de un sistema democrático). Esto puede producir la imposición de normas generales que originan una facultad, una obligación o una prohibición<sup>11</sup>, a la vez que se debe instaurar una sanción con el objeto de que esa conducta no se repita y se controle la conducta de los individuos en sociedad.

En el siguiente apartado se presentará el concepto de libertad y el de autonomía individual, por lo que analizaremos, por un lado, si ciertos actos públicos basados en la libertad son una forma de placer, una representación artística, una manifestación política, etc., y por otro lado, si esa conducta se debe reprimir y, si se permitiera, cuáles serían sus límites. Aquí nacen otros dos puntos fundamentales para la convivencia social: la tolerancia y el pluralismo<sup>12</sup>.

Por último, se estudiará la actuación que el juez debe ejercer al juzgar un comportamiento contrario a la moral pública. Pero qué pasa si esa conducta está protegida por una norma superior como la libertad de expresión<sup>13</sup>. En estos asuntos el juzgador deberá ponderar los hechos y derechos para deliberar y decidir entre sancionar esa conducta o proteger ese derecho<sup>14</sup>. O si la autoridad debe tener cierta tolerancia hacia ciertas con-

---

<sup>8</sup> Vid. John Leslie MACKIE, *Ethics. Inventing the right and wrong*, London, Penguin, 1990, pp. 42-102.

<sup>9</sup> Alexis TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, México, FCE, 1957, pp. 246 y ss.

<sup>10</sup> Alexander M. BICKEL, *The least dangerous power*, New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 23-33, 58-59 y 199.

<sup>11</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, «Algo más sobre la relación entre derecho y moral», en Rodolfo VÁZQUEZ, *Derecho y moral*, Madrid, Gedisa, 1998, p. 152.

<sup>12</sup> Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p. 610.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 170-196.

<sup>14</sup> Richard POSNER, *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 175.

ductas; esto para tratar de obtener que algunos sujetos alcancen sus objetivos bajo ciertos estándares y no la imposición absoluta de un grupo mayoritario<sup>15</sup>.

Este trabajo expondrá las aristas que rondan a esta discusión con el ánimo de no producir un resultado liberal o normativo, o colocar a los jueces como verdugos de la autonomía individual o como censores y protectores de la moral pública, sino con el objetivo de que cada lector tenga la oportunidad y los elementos para conocer, valorar y elucidar el tema expuesto.

## II. MORAL PÚBLICA

El diccionario *Black's Law* define a la moral pública como: «1. Conjunto de ideales o creencias generales morales de una sociedad. 2. Ideales o acciones de un individuo que se extienden y afectan a otros. La ley moral está comprendida por una colección de principios que definen una buena o mala conducta, o un estándar por el que una acción debe conformarse para tener razón o ser virtuosa»<sup>16</sup>.

La finalidad de la moralidad es encontrar un conjunto de principios que sean justamente aceptables para la comunidad, que tengan aplicaciones y consecuencias prácticas para determinada sociedad<sup>17, 18</sup>.

Es fundamental señalar que ningún problema puede ser tratado de forma universal, pues las circunstancias que rodean cada asunto son particulares dentro de un contexto histórico, político, social o económico. Por lo que adquieren una vital importancia las condiciones sociopolíticas mismas que difieren en cada caso, lugar, momento o circunstancia<sup>19</sup>. Entonces, a partir de cierto contexto histórico, se crean y/o seleccionan los valores, principios y objetivos que han de regir un Estado. Por

<sup>15</sup> Richard Jr. FALLON, *The dynamic constitution*, New York, Cambridge University Press, 2004, p. 1.

<sup>16</sup> USA, West, 2009, p. 1100.

<sup>17</sup> John Leslie MACKIE, *op. cit.*, pp. 105-193.

<sup>18</sup> Para Rawls es el equilibrio reflexivo lo que permite a cada individuo determinar qué es bueno, correcto o justo (John RAWLS, *Liberalism political, op. cit.*, pp. 8, 28, 72, 89 y 95-96). «*The outcome of reflective thought and reasoned judgment, the ideals, principles, and standards that specify our basic rights and liberties, and effectively guide and moderate the political power to which we are subject. This is the outer limit of our freedom*» (*ibid.*, pp. 222, 242, 384 y 388).

<sup>19</sup> Dieter NOHLEN, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, UNAM, 2003, pp. 191 y 196.

lo que la norma (idealmente) es el producto de una comunidad en un contexto determinado.

Las normas constituyen creaciones culturales a través de las cuales los hombres tratan de preservar los principios comunitarios relevantes o con una jerarquía explicada en el contexto mismo (según sea el tiempo y espacio en cuestión). Con esto debemos de ubicar cada asunto en cada contexto para poder entender el escenario de cada sociedad<sup>20</sup>.

Para la finalidad de este trabajo propongo ubicarnos como escenario en un Estado constitucional democrático estable, en el que estén reconocidos los derechos humanos, que permita la representación y participación del pueblo en los asuntos públicos, que se encuentren bien determinadas las funciones de todos los órganos del Estado para que no abusen del poder y el Estado no tenga ninguna discreción ilimitada para decidir qué medidas son las apropiadas para preservar el orden público<sup>21</sup>.

A partir de este contexto democrático representativo los legisladores elaborarán las normas que conllevarán a la finalidad de esa sociedad, generando un ideal de conducta pública para todos los habitantes<sup>22</sup>.

«Esta forma de conocimiento construye una representación simplificada del mundo y de sus procesos, representación que parte generalmente de ciertos supuestos sobre la realidad que no pueden ser demostrados, los cuales permanecen prácticamente inalterables a lo largo de un periodo importante de tiempo».<sup>23</sup>

Con esta base de imponer la ideología de cierto grupo político en el poder se determinan las conductas que pueden realizar las personas<sup>24</sup>. Esta conducta abarca todo conjunto de acciones y omisiones externas de un ser viviente<sup>25</sup>.

La política proporciona varias clases de mecanismos para abrirse camino de la indecisión a la acción. Estos mecanismos raras veces implican el uso desapasionado de razón pura a decisiones prácticas. De hecho, la polí-

---

<sup>20</sup> Robert A. HINDE, *Why good is good. The sources of morality*, London, Routledge, 2002, pp. 45-150.

<sup>21</sup> Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p. 591.

<sup>22</sup> Hugo DE LOS CAMPOS, *Diccionario de sociología*, disponible en <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf>.

<sup>23</sup> Vid. Lord WINDLESHAM, *Politics, punishment and populism*, New York, Oxford University Press, 1998, pp. 100-147.

<sup>24</sup> Bruce ACKERMAN, *We the people. Foundations*, Harvard, Harvard University Press, 1991, p. 224.

<sup>25</sup> Helmut SCHOECK, *Diccionario de sociología*, Barcelona, Herder, 1981, p. 134.

tica democrática contiene procedimientos totalmente institucionalizados, como el voto de la mayoría, para alcanzar decisiones cuando la razón ha fallado en determinar un curso de acción<sup>26</sup>. Esto puede significar sólo que la política, con su acompañamiento invariable, el uso del poder, entra en juego cuando la razón se ha llevado a su fin<sup>27</sup>. Con esta idea se constituye la idea del orden público con la que se va a hacer prevalecer el interés colectivo por encima del interés individual<sup>28</sup>.

Lo anterior permitirá producir una obra de ingeniería que estará dirigida a la socialización; esto con el objetivo de que una comunidad enseñe a «descubrir a sus nuevos integrantes las normas, valores y creencias que ellos mismos guardan en lo más profundo de su ser, como signo de su individualidad, y que invariablemente coinciden con las normas, valores y creencias que profesa la comunidad en que habitan»<sup>29</sup>. Por lo que también se deben estipular qué conductas serán contrarias a los valores morales que afecten o dañen a la comunidad<sup>30</sup>.

Pero estas normas tienen un origen democrático que se basa no a partir de una simple imposición<sup>31</sup>, sino que son originadas a partir de la delegación de algunas personas que los representarán y con ellos se logre un consenso para determinar y conseguir los elementos que permiten lograr sus objetivos<sup>32</sup>.

«Las fuentes que hacen posible la autoridad de las normas son solamente dos: una, la aceptación de la regla como patrón de conducta en una comunidad determinada, pero no simplemente como pauta a seguir, sino como práctica obligatoria [...] La otra, fuente de autoridad es justamente la norma secundaria fundamental, porque de allí derivan su vali-

<sup>26</sup> Roger SCRUTON, *The Palgrave MacMillan Dictionary of Political Thought*, London, Palgrave-MacMillan, 2007, p. 452.

<sup>27</sup> Melissa WILLIAMS y Jeremy WALDRON, *Toleration and its limits*, New York, New York University Press, 2008, p. 369.

<sup>28</sup> Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, pp. 568, 592 y 594.

<sup>29</sup> Hugo DE LOS CAMPOS, *Diccionario de sociología*, disponible en <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf>. Vid. también Gerald FETNER, *Ordered liberty*, USA, Borzoi books, 1983, p. 32.

<sup>30</sup> Las prohibiciones basadas en la apelación a valores morales y la comunicación de esos mismos valores son uno de los principales canales de represión y canalización de pulsiones instintivas conforme a la naturaleza de la moral, consistente en la formación de una voluntad que no tiene en cuenta deseos, necesidades o intereses de ninguna otra naturaleza. Vid. Luciano GALLINO, *Diccionario de sociología*, México, Siglo XXI, p. 594.

<sup>31</sup> Joseph RAZ, *op. cit.*, pp. 193-216.

<sup>32</sup> H. JEFFERSON POWELL, *Constitutional conscience*, Chicago, University of Chicago, 2008, p. 110, y Gerald FETNER, *op. cit.*, p. 144.

dez bajo las reglas que han sido elaboradas de acuerdo a los procedimientos legislativos»<sup>33</sup>.

El trabajo legislativo deberá inferir qué principios y valores contendrán la normatividad<sup>34</sup>. «Lo que es moralmente correcto, lo que debe procurarse y defenderse, aquello a lo que debe aspirar el espíritu humano»<sup>35</sup>.

«La palabra *norma* no se entiende aquí como esa *media* o percepción modal que se forma cuando algunos grupos de personas afrontan juntos una situación ambigua. En un primer momento, esos grupos se encuentran con interpretaciones divergentes de esa situación, que va clarificándose gradualmente, de forma que en este proceso de convergencia se obtiene, finalmente, una norma, es decir, una convergencia genuina de las percepciones de la media (o percepciones modales), opiniones o acciones de los miembros del grupo racial. Es más común el concepto de norma para significar un estándar o criterio con que juzgar el carácter o la conducta de un individuo, de cualquier función o expresión de la vida social. A su vez, norma social indica en concreto el modo cómo debe comportarse el individuo o el grupo en las más variadas situaciones, la prescripción de cómo un individuo o un grupo social debe o no debe pensar, sentir o actuar en determinadas situaciones. Tales normas adquieren en la práctica la forma de una serie o conjunto de reglas sobre cualquier aspecto del comportamiento humano social. Existen, por tanto, normas políticas, legales, religiosas, científicas, etcétera, que forman un *continuum* muy amplio para indicar que ciertas formas de conducta están permitidas, recomendadas, absolutamente exigidas, desaprobadas o positiva y categóricamente prohibidas. Cualquier desviación de la norma suele ir seguida por alguna sanción o premio»<sup>36</sup>.

Por lo que se ha hecho necesario la creación de normas, primero, para la supervivencia de la sociedad;<sup>37</sup> segundo, para cubrir sus exigencias, y

---

<sup>33</sup> Fernando SALMERÓN, «Sobre moral y derecho», en Rodolfo VÁZQUEZ, *Derecho y moral*, Madrid, Gedisa, 1998, p. 97. Barnett estima que la legitimidad de las normas se obtiene por el proceso de elaboración de las mismas, por lo que, cuanto los legisladores más se ajusten y respeten el procedimiento legislativo, más legítimas serán las normas producidas (Randy BARNETT, *Restoring the lost constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2004).

<sup>34</sup> H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 6.

<sup>35</sup> Hugo DE LOS CAMPOS, *Diccionario de sociología*, disponible en <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf>.

<sup>36</sup> Aldo Ellena FRANCO DEMARCHI, *Diccionario de sociología*, Madrid, Paulinas, 1986, p. 1174.

<sup>37</sup> Alexander BICKEL, *op. cit.*, p. 38, y David GARLAND, *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 71-106.

tercero, para que existan mecanismos legales para la lucha por el poder entre los distintos grupos políticos<sup>38</sup>.

«En definitiva, el orden normativo se ha ido desarrollando como parte de la sociedad humana, porque la ha ayudado a satisfacer las necesidades sociales fundamentales, permitiendo sobrevivir de esta forma a la sociedad y, por tanto, a la especie humana. Sólo mediante un sistema elaborado de obligaciones morales puede sobrevivir el individuo y, por tanto, la sociedad. Por otra parte, la sociedad humana depende del modo como cada miembro de la misma cumple sus tareas, a la vez que los demás miembros cumplen las restantes. Cada uno debe tener la garantía de que los demás cumplan sus cometidos, mientras él cumple el suyo. Son las normas sociales las que controlan al individuo para que cumpla lo que el grupo espera de él. El orden social se basa en estas normas»<sup>39</sup>.

El rol del legislador será plasmar en las leyes los valores morales de la comunidad; con esto se elaboran ciertas pautas de control para la sociedad<sup>40</sup>.

«El control social de una sociedad o de un grupo aspira solamente a que se observen regularmente aquellas reglas de comportamiento que están de acuerdo con la moral vigente. Las sociedades pueden juzgar y controlar casi todo el comportamiento de sus miembros según las leyes de una moral declarada dogmáticamente como obligatoria. Sin embargo, por regla general, la moral de una sociedad se extiende solamente a una parte de las formas de comportamiento posibles»<sup>41</sup>.

Toda sociedad organizada tiene el derecho a proteger los valores morales prevalecientes y a defenderse de aquellas expresiones que ofendan los sentimientos de la comunidad<sup>42</sup>.

Con lo anterior se estructuran los esquemas de conducta que determinan las regularidades y uniformidades en el comportamiento social<sup>43</sup>. Lo peor que puede suceder para que un esquema de conducta pueda ser acep-

<sup>38</sup> Alexandre KOJÉVE, *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Nueva visión, 2005, p. 36, y Juan J. LINZ, *Problems of democratic transition and consolidation*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1996, p. 5.

<sup>39</sup> Aldo Ellena FRANCO DEMARCHI, *op. cit.*, p. 1174.

<sup>40</sup> H. L. A. HART, *op. cit.*, pp. 14 y 20.

<sup>41</sup> Helmut SCHOECK, *Diccionario de sociología*, Barcelona, Herder, 1981, p. 474.

<sup>42</sup> Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p. 599.

<sup>43</sup> H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 71.



tado como conducta en la respectiva cultura es que un individuo defraude las expectativas de conducta de un número bastante grande de personas<sup>44</sup>.

De esta forma, cuando los legisladores prohíben cierto comportamiento mediante una disposición legal, «están diciendo que dicha acción es en cierto modo, y sobre cierta base, reprensible o susceptible de desaprobación»<sup>45</sup>. Además, es necesario que esa conducta sea rechazada por la mayoría de la sociedad, «es necesario que provoque un verdadero sentimiento de reprobación, de repugnancia»<sup>46</sup>. Por lo que el castigo se convierte en «un acto expresivo y simbólico, expresivo de una actitud de grave desaprobación de lo hecho por la persona castigada sobre la base de que es considerada culpable por ello»<sup>47</sup>.

Sin duda, toda sociedad tiene el derecho a usar sus leyes como un acto de autodefensa para su integridad y supervivencia<sup>48</sup>. De lo dicho se desprende que toda conducta humana se reduce, por tanto, a un conjunto de reflejos condicionados.

Hay que considerar que varios estudiosos (Alexy, Dworkin, MacIntyre, Nagel, Sandel, Taylor y otros) tratan de equilibrar la moral con el Derecho y se «abre la posibilidad de remplazar a la moral como norma de vida —en el sentido de criterio último de conducta—, reduciendo de esta manera espacios de libertad de los individuos para pasarlos a cargo del Derecho»<sup>49</sup>. Pero esto no significa que se deba tener una obediencia ciega<sup>50</sup>. «La única finalidad por la cual el poder puede con pleno derecho ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás»<sup>51</sup>.

Por lo mismo, las normas deben contar con que «una concepción objetivista de la norma parece ser un medio adecuado para otorgar a la voluntad del dador de la norma algo así como una legitimación inobjetable y con ello la deseada presión»<sup>52</sup>.

<sup>44</sup> [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Comella\\_Do\\_Constitutional\\_Rights\\_Bind\\_Private\\_Individuals.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Comella_Do_Constitutional_Rights_Bind_Private_Individuals.pdf) (consultada el 11 de octubre de 2012).

<sup>45</sup> Neil MACCORMICK, «En contra de la ausencia de fundamento moral», en Rodolfo VÁZQUEZ, *Derecho y moral*, Madrid, Gedisa, 1998, p. 174, y H. L. A. HART, *op. cit.*, pp. 55-59.

<sup>46</sup> Jorge MALEM, *op. cit.*, p. 63.

<sup>47</sup> Neil MACCORMICK, *op. cit.*, p. 173, y Richard Jr. FALLON, *op. cit.*, p. 39.

<sup>48</sup> Joseph RAZ, *The morality of freedom*, New York, Oxford University Press, 1988, pp. 23-99.

<sup>49</sup> Fernando SALMERÓN, *op. cit.*, p. 83, y Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p. 599.

<sup>50</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, p. 157.

<sup>51</sup> Jorge MALEM, *op. cit.*, p. 61.

<sup>52</sup> Eugenio BULYGIN, «¿Hay vinculación necesaria entre Derecho y moral?», en Rodolfo VÁZQUEZ, *Derecho y moral*, Madrid, Gedisa, 1998, pp. 228, 229 y 231.

Del incumplimiento de las normas vendrá la consecuencia para el infractor, un castigo aprobado por la sociedad<sup>53</sup>: «La justificación moral del castigo depende, en última instancia, del carácter dañino de la acción que se reprime»<sup>54</sup>.

Con la imposición de la sanción se desarraiga e inhibe la conducta personal limitando su actuación social: «Opera como un elemento disuasorio directamente en contra de lo que se cree correcto, o al menos como una fuerza coactiva en contra de que uno haga algo que en principio parece moralmente aceptable y quizá preferible en determinado contexto»<sup>55</sup>.

Así, la moral pública se ha convertido en la circunstancia que con más frecuencia se invoca para coartar las libertades<sup>56</sup>. Por consiguiente, la moral pública debe valorarse en su justa medida, sin utilizarla como vehículo para imponer prejuicios y sentimientos<sup>57</sup>.

Lo fundamental es que cuando se crea, modifica o reforma una norma jurídica se piensa que ésta tiene un fin justo, que contiene un espíritu de justicia; determina qué es lo correcto; que es vigente y aceptada, porque su valor se apoya y genera de la voluntad general<sup>58</sup>.

Retomando nuestro tema principal, debemos discernir por qué se prohíben algunas conductas. La respuesta a priori sería que existe una norma que las prohíbe y castiga. Esta conducta es desaprobada porque la mayoría de la sociedad no cree que ese comportamiento refleje los valores sociales que la unen, por lo que se debe sancionar al sujeto que transgrede ese valor moral. Aquí nace la imposición de conducta en los lugares públicos, pues no es de interés para la sociedad lo que cada persona realiza en su privacidad. Pero lo que sí afecta o daña a la sociedad debe ser reprendido como muestra de repugnancia.

La coincidencia entre las normas y los miembros de la sociedad es la que permite la convivencia ideal<sup>59</sup>. Pero si la normatividad es violada (supuestamente), la persona deberá sujetarse a ser juzgada por un opera-

<sup>53</sup> Alexandre KOJÉVE, *op. cit.*, p. 38, y Alexander M. BICKEL, *op. cit.*, pp. 69-70 y 236.

<sup>54</sup> Jorge MALEM, *op. cit.*, p. 72. Vid. [http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/07\\_edicion1.pdf](http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/07_edicion1.pdf). Este tema lo refiere Robert ALEXI como «el argumento de la corrección» en Rodolfo VÁZQUEZ, *Derecho y moral*, Madrid, Gedisa, 1998, p. 122.

<sup>55</sup> Neil MACCORMICK, *op. cit.*, p. 166.

<sup>56</sup> Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p. 598.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 599, 601, 605 y 606.

<sup>58</sup> Owen FISS, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 2004, p. 59.

<sup>59</sup> Pedro SALAZAR, «Justicia constitucional y democracia», en Rodolfo VÁZQUEZ, *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, 2007, p. 39.

dor jurídico que determinará si se transgredió la seguridad, un bien o un interés de la sociedad<sup>60</sup>.

Esto nos lleva a que no basta sólo con que se produzca una conducta perjudicial y que se contemple un castigo<sup>61</sup>, sino que debe existir un individuo que juzgue si ese comportamiento es contrario a las normas y las costumbres sociales para poder restablecer el orden o defender algún abuso<sup>62</sup>.

Pero de qué manera los jueces pueden o deben expresar la desaprobación de la sociedad si «es cierto que ellos expresan la condena del Estado ante los actos que la legislación estatal califica de delitos y una actitud de condena o desaprobación es *per se* una actitud moral»<sup>63</sup>.

Con este marco podemos advertir cuáles son los valores que le interesan tutelar a esa comunidad. Sin embargo, no siempre las leyes reflejan la individualidad, pues es la autonomía la que nos permite elegir. Esto lo hacemos a partir de decidir qué metas planea cada persona, qué gustos tiene, la determinación personal de cómo vivirá, etc. Todo esto a partir de su libertad y autonomía individual.

### III. LIBERTAD Y AUTONOMIA INDIVIDUAL

Uno de los conceptos más aceptado y utilizado sobre el tema de la libertad es el de Isaiah Berlin<sup>64</sup>. Este autor clasifica a la libertad en negativa y positiva. La noción de libertad negativa es aquella que se da por la imposición de otra persona; con esta limitación se frustran sus ilusiones<sup>65</sup>. En este espacio no existe una normatividad que rijan las relaciones sociales, como sucede en la esclavitud o en la pobreza económica. Al contrario, la libertad positiva nos permite ser dueños de nuestro destino, por tanto, se desarrolla el principio de autonomía. Aquí se encuentra el sentido de la libertad con base en el valor y en el sentido de la normatividad<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> Charles LARMORE, *The autonomy of morality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

<sup>61</sup> Wesley CRAGG, *The practice of punishment*, London, Routledge, 1992, pp. 115-137.

<sup>62</sup> Bruce ACKERMAN, *op. cit.*, p. 283.

<sup>63</sup> Neil MACCORMICK, *op. cit.*, p. 175.

<sup>64</sup> Isaiah BERLIN, *Four essays on liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, pp. 118-172.

<sup>65</sup> Vid. Murray N. ROTHBARD, *The ethics of liberty*, New York, New York University Press, 1998, pp. 201 y ss.

<sup>66</sup> Cfr. Ronald DWORKIN, *Freedom's law*, *op. cit.*, pp. 214-216, y Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p. 753.

La libertad ordenada permite ubicar que ciertas conductas políticas y morales se realicen libremente sobre las bases de las leyes expedidas por el dominio legislativo de los Estados<sup>67</sup>, por lo que la libertad no es una serie de puntos aislados expuestos en términos de libertad (expresión, prensa, religión y otros tantos). Ésta es una continuidad racional que, hablando ampliamente, incluye una libertad de todas las imposiciones arbitrarias e intentos para restringirla<sup>68</sup>.

La tradición de la libertad de expresión se constituye en esta visión del mundo cuando se reduce la libertad de expresión a la autonomía y se define la autonomía para significar la ausencia de interferencia gubernamental<sup>69</sup>.

La autonomía personal es definida como: «El principio jurídico filosófico que le atribuye a los individuos un ámbito de libertad dentro del cual pueden regular sus propios intereses, permitiéndoles crear relaciones obligatorias entre ellos que deberán ser reconocidas y sancionadas en las normas de Derecho»<sup>70</sup>.

En la teoría del Derecho, las discusiones sobre la autonomía surgen frecuentemente en el contexto de los debates acerca de la imposición de la moral a través de la legislación, donde aquellos que creen que la autonomía es un valor fundamental demandan que las acciones del Estado no restrinjan el rango de modos de vida disponibles a los ciudadanos<sup>71</sup>. Sin embargo, no sólo se trata de seleccionar un proyecto de vida<sup>72</sup>. Esta decisión se debe realizar con base en la convivencia social que se rige por normas jurídicas<sup>73</sup>.

Si contamos con un sistema democrático liberal se dará preponderancia a potenciar las libertades individuales<sup>74</sup>: «En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano»<sup>75</sup>. El problema es

<sup>67</sup> Gerald FETNER, *op. cit.*, p. 73.

<sup>68</sup> Richard Jr. FALLON, *op. cit.*, p. 138.

<sup>69</sup> Owen FISS, *op. cit.*, pp. 29 y 51, y Joseph RAZ, *op. cit.*, pp. 369-429.

<sup>70</sup> Francisco Manuel CORNEJO CERTUCHA, voz «Autonomía de la voluntad», *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. I, México, UNAM, 1982, pp. 239-240.

<sup>71</sup> Brian H. BIX, *Diccionario de teoría jurídica*, México, UNAM, 2009, p. 22.

<sup>72</sup> Gerald FETNER, *op. cit.*, p. 134, y Roberto GARGARELLA, «El carácter igualitario del republicanismo», *Isegoría*, núm. 33 (2005), pp. 175-189.

<sup>73</sup> Eric POSNER, *Law and social norms*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 203-224.

<sup>74</sup> Richard Jr. FALLON, *op. cit.*, p. 33. La tesis principal del Estado liberal es respetar y proteger los derechos tanto de individuos como de grupos, establecer la justicia y la igualdad entre sus ciudadanos y asegurar la aplicación de la ley.

<sup>75</sup> Jorge MALEM, *op. cit.*, p. 60.

definir cuáles son los límites a esas libertades<sup>76</sup>: «La libertad no sólo hace posible que nos demos a nosotros mismos nuestra propia ley, sino también hace posible que seamos capaces de cumplirla o incumplirla»<sup>77</sup>.

Con esta determinación se indican los lineamientos de conducta individual. Pero el problema acaece cuando el sujeto no se siente identificado con la norma<sup>78</sup>. Aquí su razonamiento le mostrará que esas imposiciones están basadas en prejuicios que no concuerdan con su libre voluntad.

Pero veamos el concepto de prejuicio para entender el cisma entre libertad e imposición:

«Calificativo para designar todo juicio acerca de una cosa que se haya emitido sin respetar en su formulación las reglas del sano juicio (que no son otras que las que dicta la ciencia moderna). Refiere, por tanto, bien a juicios que se hayan emitido sin respetar regla alguna, bien a juicios que surjan de la aplicación de reglas de conocimiento distintas a las del sano juicio»<sup>79</sup>.

La finalidad del prejuicio es considerar de forma explícita si una persona o grupo social es objeto de éste o se debe tan sólo a las características realmente negativas de esa persona o grupo. Es ésta una afirmación tautológica autorrealizadora: las características negativas de los demás inducen a desarrollar un prejuicio negativo, por lo que si un grupo es objeto de prejuicio sus características son necesariamente negativas<sup>80</sup>.

Entonces se observa que las condiciones sociales impuestas por la mayoría sirven como control social<sup>81</sup> que se da a partir del supuesto de que el sujeto no se comportara de acuerdo con los códigos morales interiorizados<sup>82</sup>.

Aquí nace otro tema en nuestro conflicto, el de la tolerancia que deben tener los demás elementos de la sociedad ante una conducta que se debe

<sup>76</sup> El problema de la libertad ha sido preocupación de filósofos y monarcas desde el origen de los tiempos. A lo largo de la historia se han sucedido distintos principios sobre la libertad. Vid. Hugo DE LOS CAMPOS, *Diccionario de sociología*, disponible en <http://cibercont.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf> (consultada el 20 de noviembre del 2012).

<sup>77</sup> Javier MUGUERZA, «El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal», en Rodolfo VÁZQUEZ, *Derecho y moral*, Madrid, Gedisa, 1998 p. 185.

<sup>78</sup> Owen FISS, *op. cit.*, p. 84.

<sup>79</sup> [http://enciclopedia\\_universal.esacademic.com/19830](http://enciclopedia_universal.esacademic.com/19830) (consultada el 22 de noviembre del 2012).

<sup>80</sup> Aldo Ellena FRANCO DEMARCHI, *op. cit.*, p. 1364.

<sup>81</sup> Vid. Dario MELOSSI, *El Estado del control social*, México, Siglo XXI, 1982, pp. 160-191 y 231-255.

<sup>82</sup> Luciano GALLINO, *Diccionario de sociología*, México, Siglo XXI, p. 594.

reprender. La moralidad aplica la forma general de tolerancia como una relación entre motivos de acción para la desaprobación y razona para refrenarse en la expresión o la interpretación sobre aquella desaprobación.

Así, tenemos, por un lado, la libertad de pensamiento que etiqueta a algunas imposiciones como condicionamientos sociales, y, por el otro, el control que se debe ejercer sobre todos los miembros de una comunidad para una convivencia pacífica. Por lo que el justo medio es la tolerancia.

«La tolerancia significa renuncia en la prevención de algunos males, justificada por el riesgo de que si no pueden forzar sería peor. La tolerancia de los disidentes es, por tanto, aceptada como un mal necesario cuando no es posible suprimir la disidencia, es decir, un mal menor cuando el costo de la represión llevaría a un exceso. Está claro que, en este caso, el concepto de tolerancia es un grado preparatorio del principio de libertad: la tolerancia de ajuste, de hecho, un espacio de inmunidad en las decisiones de las personas, pero se califica como una concesión revocable e irrevocable de la ley»<sup>83</sup>.

Es preciso elucidar que la tolerancia «contiene un componente relativista e historicista del pensamiento liberal. Su naturaleza es pluralista y conduce al reconocimiento de posiciones contrastantes dentro de un sistema de problemas disciplinado por las reglas del juego»<sup>84</sup>.

La tolerancia es el respeto a las ideas, creencias o prácticas de los demás cuando son diferentes o contrarias a las propias<sup>85</sup>. La tolerancia debe ser reconciliada con el deber de formar el carácter para lo mejor y promover el progreso de la comprensión moral, cambiando argumentos críticos con aquellos con quien se discrepa. Por lo que debe ser entendida como el acto o práctica de permitir algo no totalmente aprobado, o como el acto o práctica de permitir algo de manera que no dificulte la convivencia, que permita opiniones y creencias (en particular en materia religiosa) que se diferencian de las normas predominantes<sup>86</sup>.

Asimismo, la tolerancia es reconocida como el grado en que aceptamos racionalmente las cosas que desaprobamos personalmente. Esto desde luego describe la práctica de tolerancia, no la virtud. Incluso cuando un acto dado de tolerancia puede ser descrito sin controversia (que no

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> Norberto BOBBIO, *Diccionario de política*, 11.ª ed., Brasil, UnB, 1983, pp. 1245-1247.

<sup>85</sup> Real Academia de la Lengua Española.

<sup>86</sup> *Black's Law*, USA, West, 2009, p. 1625.

es siempre), la clase de desaprobación de un actor dado y las motivaciones que ella tiene para actuar sobre ello pueden variar<sup>87</sup>.

De esta forma, la tolerancia se convierte en el acto positivo de la no interferencia con la obligación del otro, a pesar de la respuesta negativa de alguien. Esto es un acto unilateral de una persona hacia el otro, un acto que debe ser considerado un valor, una virtud o un principio<sup>88</sup>.

Entonces la tolerancia consiste en una larga lista que distingue y permite «compromiso, paz o coexistencia, indiferencia, escepticismo, reconocimiento, aceptación, indulgencia, liberalidad, paciencia, resistencia, condonación, caridad, respeto, pluralismo y más»<sup>89</sup>.

Una persona puede actuar tolerantemente en relación con sus creencias aun cuando aquéllas no puedan ser objetivamente verdaderas o puedan ser objetivamente falsas, tal como alguien puede actuar racionalmente en relación con creencias falsas<sup>90</sup>.

La tolerancia se convierte en un tema relevante cuando las sociedades eran comunidades monolíticas de fe y de valor. Estos temas crearon diferentes sectas y partidos, haciendo que los individuos y familias vivieran por separado de las otras comunidades y que, posteriormente, convivieran en un solo entorno social y político<sup>91</sup>. La tolerancia permite la dirección de la diversidad que busca la coexistencia; esto sirve como la relación entre las personas ante la diversidad.

Es en este punto donde ocurre el choque de lo individual con lo general: los prejuicios y la tolerancia:

«Los motivos que parecen justificar diferencias en los prejuicios pueden resumirse en algunos puntos esenciales: *a*) cada individuo, durante el proceso de socialización, sufre una exposición diferenciada a las normas culturales, la cual se traduce en diferencias en las estructuras individuales del prejuicio; *b*) en todo sistema social complejo existen diversos subsistemas culturales, cada uno de los cuales tiene su modelo normativo propio y específico, que se concreta, además, en modelos diferenciados de prejuicio; *c*) la presión a favor de la conformidad con las normas culturales no es absolutamente rígida, pues permite una *gama de comportamientos aceptables* que facultan la manifestación de diferencias individuales; *d*) dentro del mismo sistema —o subsistema— cultural, las diferencias individuales

<sup>87</sup> Melissa WILLIAMS y Jeremy WALDRON, *op. cit.*, p. 224.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 180.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 380.

<sup>91</sup> *Ibid.*, pp. 24 y 321.

pueden obedecer a diversas necesidades y rasgos de la personalidad y/o a las diversas funciones que desempeña el prejuicio en relación con las necesidades psíquicas individuales. Entre las funciones psíquicas que el prejuicio desempeña en el individuo se pueden citar, a modo de ejemplo, la justificación de una hostilidad patológica, la racionalización de deseos y comportamientos culturalmente desaprobados para realizar aspiraciones culturalmente aceptables, la satisfacción supletoria de deseos reprimidos, la protección de sentimientos de autoestima, la defensa contra amenazas a la autoestima, la justificación para poder conseguir un *status* social más elevado o la racionalización de las condiciones de inferioridad. En cuanto a los rasgos de la personalidad, se pueden resumir en las diversas situaciones individuales de inseguridad y ansiedad, y en los diversos modos de hacerles frente»<sup>92</sup>.

Retomando nuestro tema, bajo estos cánones podemos dilucidar que si bien toda persona tiene el derecho de criticar las normas impuestas y elaborar un conjunto de principios de actuación, se debe reconocer que los mismos sólo deben regir en sus actos personales, sin perjudicar a los demás<sup>93</sup>. Por lo que ahora se debe exponer y justificar por qué se debe ejercer la represión a ciertas expresiones personales.

Con este tema comenzaremos nuestro siguiente apartado: el papel de los jueces en la protección de la moral pública y la tutela judicial a las libertades individuales.

#### IV. EL PRINCIPIO DE DAÑO COMO INSTRUMENTO PARA SANCIONAR ASUNTOS DE ORDEN PÚBLICO

Los jueces son los responsables de restablecer el orden alterado e imponer la sanción ante una violación a la normatividad<sup>94</sup>. Esto a primera vista no parece tan complicado; sin embargo, hay casos en los que no sólo se trata de encuadrar una conducta con un tipo legal para poder castigar al infractor<sup>95</sup>. Existen asuntos en los que se deben ponderar los derechos fundamentales con las normas legales, teniendo que valorar con algo más que las leyes<sup>96</sup>:

<sup>92</sup> Aldo Ellena FRANCO DEMARCHI, *op. cit.*, p. 1360.

<sup>93</sup> Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p. 608.

<sup>94</sup> Richard Jr. FALLON, *op. cit.*, p. 198.

<sup>95</sup> Richard POSNER, *op. cit.*, p. 5.

<sup>96</sup> Gerald FETNER, *op. cit.*, p. 69.



«Los casos trágicos plantean problemas de conciencia a los jueces y tribunales, como trágico es el conflicto entre la ley y la conciencia, entre el derecho y la justicia, entre el ser jurídico o legal y el deber ser político o moral»<sup>97</sup>.

Lo que es una obligación y deber de los tribunales es «decidir de acuerdo a lo que consideran mejor y más justo desde el punto de vista moral»<sup>98</sup>. ¿Pero el juez tiene la facultad de encontrar el sentido moral de una norma o debe actuar mecánicamente?<sup>99</sup>

Así, para calificar un hecho dentro de la tolerancia moral debe haber alguna razón, creencia o conducta que se considere socialmente equivocada<sup>100</sup>. Se vuelve necesario recordar que «en la moral no hay reglas que establezcan autoridades y procedimientos cuyo fin sea la creación, modificación o supresión de normas morales»<sup>101</sup>, por lo que se tiene que dar un castigo cuando se viola una norma que contiene un valor moral<sup>102</sup>. El juez debe considerar y ponderar con base en el principio del daño<sup>103</sup>.

La prueba del daño se refiere a un balance específico que debe realizarse al aplicar a un caso concreto una excepción fundada en el interés público<sup>104</sup>. Los elementos que el juez debe considerar para analizar y reconocer si hubo un daño son los siguientes<sup>105</sup>:

1. Confundir las leyes con fundamentos paternalistas, y con esto se constituye la supuesta justificación de leyes que reprimen cualquier inmoralidad.
2. Confundir la legitimidad de la represión de la indecencia con la supuesta justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado.
3. No ofrecer prueba alguna de por qué se ha de influir en las personas para que se comporten moralmente mediante la imposición estatal de un mal<sup>106</sup>.

<sup>97</sup> Javier MUGUERZA, *op. cit.*, p. 201.

<sup>98</sup> Gerald FETNER, *op. cit.*, p. 82.

<sup>99</sup> H. JEFFERSON POWELL, *op. cit.*, p. 3.

<sup>100</sup> Melissa WILLIAMS y Jeremy WALDRON, *op. cit.*, p. 394.

<sup>101</sup> Jorge MALEM, *op. cit.*, p. 71.

<sup>102</sup> Alexandre KOJÉVE, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

<sup>103</sup> La doctrina considera que el daño es «la violación de los intereses de la persona; el perjuicio en algo en lo que tiene verdadero interés». *Vid.* Neil MACCORMICK, *op. cit.*, p. 167.

<sup>104</sup> Sergio LÓPEZ AYLLÓN, *Democracia y derecho a la información*, México, TEPJF, 2005, p. 249.

<sup>105</sup> Alexander M. BICKEL, *op. cit.*, pp. 36 y 173.

<sup>106</sup> Jorge MALEM, *op. cit.*, pp. 69 y 70, y H. L. A. HART, *op. cit.*, pp. 81-83.

Por lo que el principio del daño «presupone tanto la determinación previa de cuáles han de ser los intereses privados que han de protegerse, como una concepción acerca del bien público»<sup>107</sup>.

Con lo anterior se legitima por sí misma «la exigencia legal de un valor moral fundamental: el de proteger a las personas de daños infligidos intencionalmente por otros»<sup>108</sup>.

Por otro lado, y no menos importante, es que los jueces deben ejercer su función bajo los principios de imparcialidad y de objetividad<sup>109</sup>. Isabel Trujillo valora en primera instancia la imparcialidad desde el punto de vista jurídico:

«La imparcialidad se ha configurado tradicionalmente como una característica estructural del Derecho. Se sitúa dentro del juicio de autoridad y constituye un criterio interno de articulación, conectado con una exigencia de justicia en relación con los sujetos implicados»<sup>110</sup>.

Esta autora explica que existen dos conceptos primarios de imparcialidad: «El primero tiene que ver con la objetividad del juicio y considera imparcial a quien juzga de manera objetiva, sin prejuicios o distorsiones; el segundo tiene que ver con el equilibrio cuando se confrontan intereses opuestos, poniendo el acento sobre un sentido colateral de imparcialidad: la ausencia de favoritismo o de partidismo»<sup>111</sup>.

Ronald Dworkin considera a la objetividad como la cualidad suficiente y plena de la interpretación de la ley y de comprobación de los hechos contrastados por las partes, despejada hasta lo humanamente posible de cualquier asomo de subjetividad o de relatividad que pueda entorpecer la función del juzgador, en agravio de la impartición de justicia<sup>112</sup>.

Pero no sólo bastan estos principios de actuación judicial, sino que el juez debe adminicular y correlacionar los hechos con la normatividad correspondiente<sup>113</sup>. Este acto racional le permitirá al juez aplicar de mane-

<sup>107</sup> Jorge MALEM, *op. cit.*, p. 75, y Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, pp. 582, 584 y 585.

<sup>108</sup> Neil MACCORMICK, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

<sup>109</sup> Alexander M. BICKEL, *op. cit.*, pp. 50 y 55. Cfr. Jonathan SOEHARNO, *The integrity of the judge*, London, Ashgate, 2009.

<sup>110</sup> Isabel TRUJILLO, *Imparcialidad*, México, UNAM, 2007, p. 2, y Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p. 685.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 3. Vid. Javier SALDAÑA SERRANO, *Virtudes del juzgador*, México, SCJN, 2007, pp. 48-51.

<sup>112</sup> Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 154 y ss., Richard POSNER, *op. cit.*, p. 89.

<sup>113</sup> H. JEFFERSON POWELL, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

ra concreta normas lógicas y razonables. Pero esta extensión del uso de la razonabilidad «está limitada por la exigencia de imparcialidad, que excluye la posibilidad de hacer valer en la argumentación moral ventajas posicionales individuales grupales»<sup>114</sup>.

El juez podrá interpretar las normas conforme a un marco establecido y atenuar las incertidumbres o lagunas legales<sup>115</sup>: «Parece adecuado describir esa experiencia como el intento de reconocer algo que espera reconocimiento más que como una elección deliberada»<sup>116</sup>. Las normas son impuestas por el legislador y sólo se espera la correcta aplicación de las mismas<sup>117</sup>.

Pero un juez puede cuestionar si una norma es justa o sólo debe aceptarla por su origen democrático, y, sobre todo, un juzgador debe o puede poner en duda la legitimidad de la norma. En algunos casos, al juez le puede llegar a producir repugnancia la obligación de aplicar una norma contraria a sus creencias. Aquí se produce un choque entre el Derecho y sus convicciones. Es bajo estas situaciones cuando se pone a prueba su destreza y objetividad al interpretar y emplear la norma<sup>118</sup>.

La consecuencia será el reconocimiento de que al interpretar las reglas de Derecho en algunos casos se tendrá que elaborar o generar una articulación natural que de alguna manera parece ir más allá de ella, pero no es precisamente una suplantación legislativa ni un acto de creación normativa.

«El concepto de discreción, en su sentido ordinario, alude a la posibilidad de tomar decisiones dentro de un área abierta por patrones establecidos por alguna autoridad particular. Puede que sólo como sensatez o buen juicio, en un contexto no suficientemente claro, pero también como la capacidad, en un contexto preciso, de una autoridad superior cuyas decisiones no pueden ser revisadas por otra autoridad»<sup>119</sup>.

Es oportuno regresar al tema principal: cómo el juez deberá sancionar aquella conducta que violó la norma.

La primera etapa de este proceso será acusar formalmente al sujeto y presentar las pruebas de cargo y descargo para valorar si ese acto se cometió, bajo qué situación y por qué se llevó a cabo. Posteriormente, el juez analizará si en ese comportamiento hubo una inmoralidad, o sea, un agra-

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>115</sup> Richard POSNER, *op. cit.*, pp. 8 y 11.

<sup>116</sup> Fernando SALMERÓN, *op. cit.*, p. 93.

<sup>117</sup> Gerald FETNER, *op. cit.*, pp. 71 y 73.

<sup>118</sup> Javier MUGUERZA, *op. cit.*, pp. 203 y 208.

<sup>119</sup> Fernando SALMERÓN, *op. cit.*, pp. 102 y 109.

vio contra la sociedad. Con estos elementos el juez deberá decidir si sancionará, y con ello, calificar esa conducta de impropia<sup>120</sup>. Esta decisión legal, el juez la puede elaborar desde tres perspectivas: el liberal (permissivo), el moral público (punitivo) y el de la tolerancia (determinar las reglas para ejercer este comportamiento).

Sin embargo, qué sucede si el acusado argumenta que su conducta la produjo como una forma de libertad individual (artística, expresión, política, laboral, etc.).

Primero, desde el punto de vista liberal se deben determinar los bienes dignos de ser protegidos. El Estado debe permanecer neutral respecto de las concepciones particulares de lo «bueno»<sup>121</sup>. La función del Derecho sería crear las condiciones necesarias para el florecimiento de lo individual. Lo importante es rechazar el absolutismo de la libertad.

El juez deberá sopesar entre los derechos inalienables y las normas generales que permiten la convivencia pacífica de la comunidad<sup>122</sup>. Analicemos los argumentos del acusado de violar las normas.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano indica que: «La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad», por lo que debemos evaluar si esa conducta realmente ocasionó un daño a la comunidad; para esto tiene los elementos del principio de daño (ya citado anteriormente).

Otro principio que este individuo puede invocar en su actuar es el de su autonomía individual e inviolabilidad de la persona; con esto sería «posible dar una fundamentación racional completa de los derechos humanos dentro de un marco de un discurso moral»<sup>123</sup>.

Segundo, si el juez considera que se debe castigar al acusado porque con su conducta infringió una ofensa a la sociedad<sup>124</sup>. Por un lado, los jueces deben hacer caso omiso a sus opiniones morales, más bien deben manifestar tolerancia hacia ideas incompatibles con él. Por otra parte, el tribunal no debe tolerar las violaciones a la ley, incluso si el juez personalmente siente que podría tolerar el acto ofensivo<sup>125</sup>.

Si la defensa del procesado alega la libertad de expresión como fuente de su comportamiento, pero el juez no la considera relevante, podrá

<sup>120</sup> Richard POSNER, *op. cit.*, pp. 85-86 y 88.

<sup>121</sup> Ronald DWORKIN, *Freedom's law, op. cit.*, p. 238, y H. JEFFERSON POWELL, *op. cit.*, p. 27.

<sup>122</sup> H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 48, y Alexander M. BICKEL, *op. cit.*, pp. 205-206.

<sup>123</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, p. 49.

<sup>124</sup> H. JEFFERSON POWELL, *op. cit.*, p. 83.

<sup>125</sup> Melissa WILLIAMS y Jeremy WALDRON, *op. cit.*, p. 179.

sancionar con base en la prueba del interés público<sup>126</sup>. El propósito de la libertad no es la autorrealización individual, sino más bien la preservación de la democracia y del derecho de un pueblo, en tanto pueblo, a decidir qué tipo de vida quiere vivir<sup>127</sup>. Aquí los argumentos individuales no pueden estar sobre el interés público.

«El argumento se debilita en el caso de conductas únicamente ofensivas, pero al menos se puede decir que las formas más graves de manifestaciones públicas ofensivas inhiben la libertad de atender sus asuntos en sitios públicos de la gente comúnmente sensible»<sup>128</sup>.

El tercer escenario judicial es construir una sentencia que permita al acusado ejercer esa conducta sin dañar al resto de la comunidad<sup>129</sup>, por lo que se pueden marcar o señalar lugares especiales y horas específicas que adviertan a la población<sup>130</sup>. Con esta resolución se equilibran ambas posiciones e intereses: «Desde la perspectiva liberal no deja de ser una línea en que se cruzan los bienes protegidos por las instituciones colectivas y los derechos individuales»<sup>131</sup>.

Aquí la tolerancia es una virtud que dirige el poder gobernante en la fabricación de tales alojamientos con precisión cuando la neutralidad constitucional y la universalidad no requieren esto. La tolerancia se debe utilizar como un estándar y un medio para juzgar donde las fronteras de la vida común son encontradas<sup>132</sup>. De esta manera, la tolerancia describe el camino por la que conceptos diferentes, pero «razonables» moralmente, son aceptados mutuamente dentro del marco de una sociedad justa<sup>133</sup>.

Otra posible forma para resolver esta clase de asuntos está basada en los casos precedentes<sup>134</sup>. Con esto el juez buscará una opinión externa y resolverá de conformidad con las sentencias emitidas por sus pares<sup>135</sup>.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 336. Esta prueba se refiere a aquellas circunstancias excepcionales en las que la protección a la vida privada puede ser subordinada al interés público. *Vid.* Owen FISS, *op. cit.*, pp. 23 y 52, y Bruce ACKERMAN, *op. cit.*, p. 234.

<sup>127</sup> Sergio LÓPEZ AYLLÓN, *op. cit.*, p. 249.

<sup>128</sup> Neil MACCORMICK, *op. cit.*, p. 168.

<sup>129</sup> Richard POSNER, *op. cit.*, pp. 81-82 y 93-121, y H. JEFFERSON POWELL, *op. cit.*, pp. 93 y 96.

<sup>130</sup> Como nudismo, zonas rojas, etc. *Vid.* Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, pp. 594 y 595.

<sup>131</sup> Fernando SALMERÓN, *op. cit.*, p. 90.

<sup>132</sup> Melissa WILLIAMS y Jeremy WALDRON, *op. cit.*, pp. 223 y 347.

<sup>133</sup> *Ibid.*, pp. 177 y 415.

<sup>134</sup> Cfr. Michael J. GERHARDT, *The power of precedent*, New York, Oxford University Press, 2008.

<sup>135</sup> Richard POSNER, *op. cit.*, pp. 144, 154, 183 y 184.

El papel de las autoridades no es remover las causas de la tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que cada uno de esos grupos actúen de manera tolerante con los demás<sup>136</sup>.

Sin embargo, cualquier decisión que tome un juez en esta clase de asuntos tendrá consecuencias políticas<sup>137</sup>. Lo importante es no obstruir el libre desarrollo de los individuos y la obtención de la felicidad (sin dañar a nadie, pues sus derechos no están sobre los de otros, sino que deben de convivir); pero, por otro lado, deben regir normas que permitan y fortalezcan «la cohesión social o la solidaridad dependiendo de ciertos preceptos morales comunes que pueden constituir un consenso moral»<sup>138</sup>.

En la actualidad, los juzgadores están llamados a realizar un papel decisivo para la democracia, pues ellos son los garantes de los derechos fundamentales y de dar continuidad constitucional y legal a los actos de los órganos del poder público<sup>139</sup>.

Para finalizar esta monografía se presentarán un conjunto de conclusiones que resumen las aristas del tema tratado.

## V. CONCLUSIONES

1. Este trabajo sostiene la imposibilidad de desvincular el derecho y la moral, porque existe una relación simbiótica entre ambas<sup>140</sup>. Esto se ejemplifica porque las normas provienen de una aceptación general o una costumbre social que se materializa en leyes que tienen un carácter general, por lo que todos los sujetos deberán de obedecerlas (imposiciones mayoritarias positivadas):

«La base está formada por la pretensión de corrección. Esto sólo tiene carácter definitorio para el sistema jurídico en su conjunto, a parte de que su carácter calificativo se vuelve obvio si el sistema jurídico se ve como un sistema de procedimientos desde el punto de vista de un participante»<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p. 572.

<sup>137</sup> H. JEFFERSON POWELL, *op. cit.*, pp. 47, 52 y 53.

<sup>138</sup> Neil MACCORMICK, *op. cit.*, p. 180.

<sup>139</sup> Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, «Judicialización de la política y legitimidad judicial», en Rodolfo VÁZQUEZ, *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, 2007, p. 39.

<sup>140</sup> Robert ALEXY, *op. cit.*, pp. 115 y 116.

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 133 y 150.

Esta conexión entre derecho, patrones morales y principios de justicia puede ser en su señalamiento «tan arbitraria o tan necesaria como la conexión que hacen algunos juristas entre derecho y sanción»<sup>142</sup>.

2. La moral pública sólo puede prevalecer sobre la libertad individual cuando es necesario evitar o remover expresiones ofensivas que lesionan los derechos de otros. Pero poner en la balanza la libertad individual y la moral pública no significa que tengamos que inclinarnos a favor de la moralidad; éste es un proceso que una sociedad democrática debe emprender con especial cuidado y, por consiguiente, los tribunales deben actuar con suma cautela en la ponderación de estos bienes jurídicos<sup>143</sup>.

3. La imposición de tipos de conducta prescriptivos realmente no determinan la conducta, sino que el individuo puede evaluarlos, ajustarlos, adoptarlos o desecharlos, pudiendo crear un sistema descriptivo de conductas:

«Los verdaderos valores morales son aquellos que se realizan en las decisiones libres y exentas de coacción de las personas, que actúan conscientemente de acuerdo con principios a los que se someten voluntariamente. La verdadera virtud moral no está constituida por una conformidad aparente hacia modelos de conducta externamente impuestos y respaldados por las amenazas de los castigos legales. Está constituida por el libre autocompromiso con modelos de conducta y valores internamente aceptados y por decisiones motivadas por este autocompromiso»<sup>144</sup>.

El efecto al establecer normas es fijar límites a nuestra elección, pero no determina nuestra elección.

4. Desde una posición liberal, «el Estado debe limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución»<sup>145</sup>. Sin embargo, la libertad y la autonomía deben tener controles; no son bienes de los que se pueda gozar de manera absoluta:

«Resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas

<sup>142</sup> Fernando SALMERÓN, *op. cit.*, p. 86.

<sup>143</sup> Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, pp. 607 y 750.

<sup>144</sup> Neil MACCORMICK, *op. cit.*, p. 165.

<sup>145</sup> *Vid.* Carlos S. NINO, «El principio de autonomía de la persona», en *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 199-236.

jurídicas de organización de la sociedad a la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos en que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los demás»<sup>146</sup>.

5. Las libertades individuales no deben originar un libertinaje moral; hay valores y principios que permiten la unidad y la cohesión de la sociedad. El no respetar los valores lleva a la polución y erosión de la sociedad<sup>147</sup>.

6. Uno de los principios que debe respetar el Estado es el de la autonomía individual, en el sentido de producir seres capaces de adoptar evaluaciones personales con respeto al deber de obediencia a las leyes.

7. La ponderación individual nos permite inferir si las normas son buenas, correctas, justas, si simbolizan los valores personales, etc. El punto es discernir si aquella normatividad me representa y/o si debo aceptarla llanamente, aunque no concuerde con mi identidad. Por lo que siempre habrá personas disconformes por las imposiciones hechas por otros (aunque sea democráticamente)<sup>148</sup>. Pues, como afirma el maestro Ernesto Garzón Valdés: «No todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un razonamiento moral especial»<sup>149</sup>.

Pero el sujeto que se sienta agraviado por esas imposiciones normativas debe aceptar y reconocer que las leyes legítimas contienen intrínsecamente valores morales sociales, por lo que si desea convivir en la misma sociedad debe comportarse conforme a las mismas, y en caso de no garantizar su cumplimiento deberá atenerse a la sanción (previamente establecida); esto con el objeto de que la conducta sea castigada y se pueda restablecer el orden y, por otro lado, garantizar la cohesión de una comunidad: «ninguna sociedad mantiene su cohesión si no cuenta con una estructura jurídica que establezca dogmáticamente qué es lo que en ella se considera justo»<sup>150</sup>.

8. En una sociedad pluralista se debe permitir el disenso; la libertad se debe ejercer con responsabilidad, sin perjudicar a las demás per-

<sup>146</sup> Gustavo M. BAZTERRICA, *La Ley*, t. 1986-D, de 29 de agosto de 1986, p. 547.

<sup>147</sup> Jorge MALEM, *op. cit.*, p. 72.

<sup>148</sup> Un punto relevante es que cualquier persona que esté contra alguna norma pueda manifestarlo sin que sea sancionado.

<sup>149</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, p. 25.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 146.



sonas<sup>151</sup>. En el marco del pluralismo, la tolerancia es una actitud de los individuos (o grupos) de uno hacia el otro, ejercida sobre su tentativa de alcanzar sus objetivos, más que una norma de acción estatal o un principio constitucional<sup>152</sup>. Deben existir elementos de ayuda mutua y lealtad común que nos lleven a buscar el uno al otro, que en conjunto servirá para crear y mantener las estructuras de cuidado para los asuntos de atención y preocupación común<sup>153</sup>.

9. El papel que desarrolla el juez, por un lado, es fundamental para establecer límites y conservar la libertad para que no se produzca algún abuso<sup>154</sup>, y, por otro, el juez debe entender, razonar y aplicar la norma de manera imparcial y objetiva<sup>155</sup>.

10. Las perspectivas democráticas dependen de la mejora del carácter moral de los individuos por los cambios. Sólo nuestros intereses se pueden limitar por el daño que puede ocasionarse, lo que permite la coacción del Estado, pero una sociedad no debería cultivar una cultura de permisividad excesiva hacia los grupos que subvaloran la igualdad y la libertad de todos sus miembros<sup>156</sup>.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### *Bibliografía consulta*

- ACKERMAN, B., *We the people. Foundations*, Harvard, Harvard University Press, 1991.
- BARNETT, R., *Restoring the lost constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- BERLIN, I., *Four essays on liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969.
- BICKEL, A. M., *The least dangerous power*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- BIX, B. H., *Diccionario de teoría jurídica*, México, UNAM, 2009.
- BOBBIO, N., *Dicionário de política*, 11.ª ed., Brasil, UnB, 1983.
- *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1990.
- COVARRUBIAS DUEÑAS, J., «Valores y principios constitucionales de la justicia penal electoral en México», *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 5, México, 2003.

<sup>151</sup> Vid. Thomas Michael SCANLON, *The difficulty of tolerance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

<sup>152</sup> Melissa WILLIAMS y Jeremy WALDRON, *op. cit.*, pp. 23 y 179.

<sup>153</sup> Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1990, pp. 243-256.

<sup>154</sup> Alexander M. BICKEL, *op. cit.*, p. 264.

<sup>155</sup> H. JEFFERSON POWELL, *op. cit.*, p. 121, y Gerald FETNER, *op. cit.*, p. 3.

<sup>156</sup> Melissa WILLIAMS y Jeremy WALDRON, *op. cit.*, p. 18.

- CRAGG, W., *The practice of punishment*, London, Routledge, 1992.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1990.
- *Freedom's law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- FALLON, R. Jr., *The dynamic constitution*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H., *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004.
- FRANCO DEMARCHI, A. E., *Diccionario de sociología*, Madrid, Paulinas, 1986.
- FETNER, G., *Ordered liberty*, USA, Borzoi books, 1983.
- FISS, O., *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 2004.
- GALLINO, L., *Diccionario de sociología*, México, Siglo XXI, 1995.
- GARGARELLA, R., «El carácter igualitario del republicanismo», *Isegoría*, núm. 33 (2005).
- GARLAND, D., *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- GERHARDT, M. J., *The power of precedent*, New York, Oxford University Press, 2008.
- JEFFERSON POWELL, H., *Constitutional conscience*, Chicago, University of Chicago, 2008.
- JOYCE, R., *The evolution of morality*, Cambridge, The MIT Press, 2006.
- HART, H. L. A., *Law, liberty and morality*, New York, Vintage, 1963.
- HINDE, R. A., *Why good is good. The sources of morality*, London, Routledge, 2002.
- KOJÉVE, A., *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2005.
- LARMORE, C., *The autonomy of morality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- LINZ, J. J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1996.
- LÓPEZ AYLLÓN, S., *Democracia y derecho a la información*, México, TEPJF, 2005.
- MACKIE, J. L., *Ethics. Inventing the right and wrong*, London, Penguin, 1990.
- MELOSSI, D., *El Estado del control social*, México, Siglo XXI, 1982.
- OSSORIO, M., *Diccionario de ciencias jurídicas*, Guatemala, Dastancan, 2004.
- NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- NOHLEN, D., *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, UNAM, 2003.
- PANICHAS, G., *Sex, morality and the law*, London, Routledge, 1997.
- PERRY, M. J., *Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- POSNER, E. A., *Law and social norms*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- POSNER, R., *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.
- RAWLS, J., *Liberalism political*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- RAZ, J., *The morality of freedom*, New York, Oxford University Press, 1988.
- ROTHBARD, M. N., *The ethics of liberty*, New York, New York University Press, 1998.

- SALDAÑA SERRANO, J., *Virtudes del juzgador*, México, SCJN, 2007.
- SCANLON, T. M., *The difficulty of tolerance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SCHOECK, H., *Diccionario de sociología*, Barcelona, Herder, 1981.
- SCRUTON, R., *The Palgrave MacMillan Dictionary of Political Thought*, London, Palgrave-MacMillan, 2007.
- SOEHARNO, J., *The integrity of the judge*, London, Ashgate, 2009.
- TEDFORD, T. L., *Freedom of speech in the United States*, State College, Strata, 2009.
- TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, México, FCE, 1957.
- TRUJILLO, I., *Imparcialidad*, México, UNAM, 2007.
- VÁZQUEZ, R. (comp.), *Derecho y moral*, Madrid, Gedisa, 1998.
- *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, 2007.
- WILLIAMS, M., y WALDRON, J., *Toleration and its limits*, New York, New York University Press, 2008.
- WINDLESHAM, L., *Politics, punishment and populism*, New York, Oxford University Press, 1998.

#### *Diccionarios consultados*

- Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1982.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, España.
- Black's Law*, USA, West, 2009.

#### *Páginas electrónicas consultadas*

- <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf>
- [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Comella\\_Do\\_Constitutional\\_Rights\\_Bind\\_Private\\_Individuals.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Comella_Do_Constitutional_Rights_Bind_Private_Individuals.pdf)
- [http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/07\\_edicion1.pdf](http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/07_edicion1.pdf)
- [http://enciclopedia\\_universal.esacademic.com/19830](http://enciclopedia_universal.esacademic.com/19830)