

Carlos Manuel Rosales*

El principio del daño en asuntos de orden público

The harm principle in public order issues

Fecha de recepción: 21 marzo 2013
Fecha de aprobación: 30 de abril de 2013

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, autonomía individual, principio de daño, jueces.

ABSTRACT

The present work will analyze the moral grounds to the application of sanctions for behaviors that alter and injure the public order. This essay will study the paper of the judges, when they judge and value those facts, under the principle of damage.

Keywords: Public morality, individual autonomy, principle of damage, judges.

INTRODUCCIÓN

La manera como se conducen las personas en una sociedad depende de varios factores como la costumbre, los valores comunes, la religión, la ley, entre otros¹ Pero la mejor manera de establecer parámetros de comportamiento ‘adecuado’ son el consenso y el diálogo. De esta manera, los

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Estudios de Magíster y Doctorado en la Universidad de Chile. Correo electrónico: cmr268@yahoo.com

¹ Pollock, Joycelyn M. *Ethical dilemmas and decisions in criminal justice*, USA, Ed. Wadsworth, 2007, pp. 65-80.

temas que definen que es lo 'correcto', siempre contendrán una carga moral y, por tanto, serán susceptibles de crítica y de opinión².

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 o la eutanasia, entre otras³.

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 derechos⁴. 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 potencial⁵. Las motivaciones por las que cada sujeto realiza estos actos pueden tener varias fuentes, como: el convencionalismo social, el placer o la necesidad de expresión, etc.⁶.

Las conductas tienen su respaldo en lo subjetivo y en el entendido de que se hacen por convicción personal⁷, por lo que un comportamiento tendrá una repercusión negativa si los demás miembros de la comunidad consideran que esa conducta no refleja un valor común⁸. Bajo este supuesto, la sociedad determina un conjunto de obligaciones generales, para que se garanticen y protejan los valores y/o principios que fomenten su conservación y unidad social.

Sin embargo, aunque las normas sean abstractas, generales e impersonales, no siempre reflejan el sentir de toda la sociedad, por lo que siempre hay sujetos que muestran su inconformidad con ellas⁹.

Aquí yace el contrapunto: el tema de la moral pública (moralidad) que determina, principalmente, los valores que unen a un grupo social¹⁰. Estos lineamientos de conducta estipulan, indican y califican qué es 'bueno',

² *Ibid.*, pp.7-14. Cfr., Perry, Michael J., *Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court*, USA, Ed. Cambridge, 2009.

³ Cfr., Dworkin, Ronald. *Freedom's law*, Cambridge, Ed. Harvard, 1996. Panichas, George. *Sex, morality and the law*, Great Britain, Ed. Routledge, 1997.

⁴ De Zan, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo, Ed. Konrad Adenauer, 2004, pp.56-59.

⁵ Faúndez Ledesma, Héctor. *Los límites de la libertad de expresión*, México, Ed. UNAM, 2004, p. 45.

⁶ Vid, Tedford, Thomas L. *Freedom of speech in the United States*, USA, Ed. Strata, 2009, pp. 153 y 223.

⁷ Rawls, John. *Liberalism political*, Cambridge, Ed. Harvard, 1996, pp. 54-66.

⁸ Horst, Steven. *Law, mind and free will*, USA, Ed. MIT press, 2011, pp. 3-14.

⁹ Hart, H. L. A. *Law, liberty and morality*, USA, Ed. Vintage, 1963, p. 3.

¹⁰ Cfr, Joyce, Richard. *The evolution of morality*, USA, The MIT press, 2006.

‘correcto’ o ‘justo’¹¹; por lo que en caso de no cumplirse estos señalamientos, el individuo que los quebrante deberá ser sancionado, con el objeto de inhibir la repetición de su conducta, considerada como nociva¹².

Este trabajo intentará averiguar cómo y por qué pueden o deben tolerarse o sancionarse las conductas individuales, que atentan contra el orden público y la moralidad¹³; 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 con la autonomía individual y el respeto de la normatividad¹⁴.

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 prohibición¹⁵; que en caso de incumplirse debe instaurar una sanción, con el objeto de que esa conducta no se repita y se controle la conducta de los individuos en la sociedad¹⁶.

En el siguiente apartado, se presentará el concepto de libertad y el de autonomía individual, por lo que analizaremos si ciertos actos públicos, basados en la libertad, son una forma de placer, una representación artística o una manifestación política, etc.; y de otra parte, si esa conducta se debería reprimir o, si se permitiera, cuáles serían sus límites. Aquí nacen otros dos puntos fundamentales para la convivencia social, la tolerancia y el pluralismo¹⁷.

Por último, se estudiará la actuación que el juez debe tener 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?¹⁸ En estos asuntos, el juzgador deberá ponderar los hechos y derechos, para deliberar y decidir entre sancionar la conducta o proteger el derecho¹⁹. O si la autoridad debe tener cierta tolerancia hacia determinadas conductas, esto

¹¹ Vid, Mackie, J. L. *Ethics. Inventing the right and wrong*, USA, Ed. Penguin, 1990, pp. 42-102.

¹² Tocqueville, Alexis. *La democracia en América, México*, Ed. FCE, 1957, pp. 246 y ss.

¹³ Pollock, Joycelyn M. *op. cit.* pp.14-24.

¹⁴ Bickel, Alexander M. *The least dangerous power*, USA, Ed. Yale press, 1986, pp. 23-33, 58-59 y 199.

¹⁵ Garzón, Valdés Ernesto. “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”, en Vázquez, Rodolfo, *Derecho y moral*, *op. cit.* p.152.

¹⁶ Sundara Rajan, Mira. *Moral Rights*, USA, Ed. Oxford, 2011, pp. 1-11.

¹⁷ Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* p.610

¹⁸ *Íbid.*, pp. 170-196.

¹⁹ Posner, Richard. *How judges think*, USA, Ed. Harvard, 2008, p. 175.

para buscar que algunos sujetos logren sus objetivos bajo ciertos estándares y que no se permita la imposición absoluta de un grupo mayoritario²⁰.

Este trabajo expondrá las aristas que tiene esta discusión, sin el ánimo de producir un resultado liberal o normativo, o de presentar 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.

1. 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"²¹.

En ese sentido, 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^{22, 23}.

Es fundamental señalar, que ningún problema puede ser tratado de forma universal, pues las circunstancias que rodean a cada asunto son particulares, dentro de un contexto histórico, político, social o económico. Por lo que es de una vital importancia definir las condiciones socio-políticas, mismas que difieren en cada caso, lugar, momento o circunstancia²⁴.

Entonces, se tiene que a partir de cierto contexto histórico, se crean y/o seleccionan los valores, principios y objetivos que han de regir a un Estado²⁵,

²⁰ Fallon, Richard Jr. *The dynamic constitution*, USA, Ed. Cambridge, 2004, p. 1.

²¹ Cambell, H., Nicolas J. *Black's law Dictionary*. Ed. West, USA, 2009, p. 1100.

²² Mackie, J. L., *op. cit.* pp. 105-193.

²³ Para John Rawls es el equilibrio reflexivo lo que permite a cada individuo determinar qué es lo bueno, correcto o justo. *Political liberalism*, *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.*, p. 222, 242, 384 y 388.

²⁴ Nohlen, Dieter. *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, Ed. UNAM, 2003, pp. 191 y 196.

²⁵ De Zan, Julio. *op. cit.* pp. 40-55.

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

Las normas constituyen creaciones culturales a través de las que 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)²⁶. Con esto debemos ubicar cada asunto en cada contexto, para poder entender el escenario de cada sociedad²⁷.

Para fines de este trabajo, propongo que ubiquemos como escenario un Estado constitucional democrático estable, en el que estén reconocidos los Derechos Humanos (DDHH); que permita la representación y participación del pueblo en los asuntos públicos; que se encuentren bien determinadas las funciones de todos los órganos estatales, para que no abusen del poder; y que el Estado no tenga ninguna discreción ilimitada para decidir qué medidas son las apropiadas para preservar el orden público²⁸.

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 habitantes²⁹. *“Esta forma de conocimiento que 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 incambiables a lo largo de un período importante de tiempo”*³⁰.

Con la imposición de la ideología de cierto grupo político en el poder, se determinan las conductas que pueden tener las personas³¹. Esta conducta abarca todo conjunto de acciones y omisiones externas de un ser viviente³².

La política proporciona diversos mecanismos para pasar de la indecisión a la acción. Estos mecanismos raras veces implican el uso desapasionado de una razón pura para tomar decisiones prácticas. De hecho, la política democrática contiene procedimientos totalmente institucionalizados, como

²⁶ Sundara Rajan, Mira. *op. cit.* pp. 31-114.

²⁷ Hinde, Robert A. *Why good is good. The sources of morality*, USA, Ed. Routledge, 2002, pp.45-150.

²⁸ Scheb, John M. *Criminal Law*, USA, Ed. Wadsworth, 2009, pp. 196-221. Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* p.591.

²⁹ De los Campos, Hugo. *Diccionario de Sociología*, publicación electrónica disponible en <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf>

³⁰ Windlesham, Lord. *Politics, punishment and populism*, USA, Ed. Oxford, 1998, pp. 100-147.

³¹ Ackerman, Bruce. *We the people. Foundations*, USA, Ed. Harvard press, 1991, p. 224.

³² Schoeck, Helmut. *Diccionario de sociología*, Barcelona, Ed. Herder, 1981, p. 134.

el voto de la mayoría, para tomar decisiones cuando la razón ha fallado en determinar un curso de acción³³. Esto solo puede significar que la política, con su acompañamiento invariable, el uso del poder, entra en juego cuando la razón se ha llevado a su fin³⁴. Con esta premisa, se constituye la idea del orden público, con la que se hace prevalecer el interés colectivo sobre el interés individual³⁵.

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*”³⁶. Por lo que también se debe estipular, qué conductas serán contrarias a los valores morales, en tanto afecten o dañen a la comunidad³⁷.

Pero estas normas tienen un origen democrático, pues no se construyen a partir de una simple imposición³⁸, sino que son originadas a través de la delegación de algunas personas, que representarán al resto de la comunidad; y son ellos los que logran un consenso para determinar los elementos que les permiten construir sus normas³⁹.

Al respecto, Salmerón plantea que: “*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 validez bajo las reglas que han sido elaboradas de acuerdo a los procedimientos legislativos*”⁴⁰.

³³ Scruton, Roger. *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought*, USA, 2007, p. 452.

³⁴ Williams, Melissa and Waldron, Jeremy. *Toleration and its limits*, New York, Ed. New York University press, 2008, p. 369.

³⁵ Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* pp. 568, 592 y 594.

³⁶ De los Campos, Hugo. Diccionario de Sociología publica digital en <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf> Vid, Fetner, Gerald. *Ordered liberty*, USA, Borzoi books, 1983, p. 32.

³⁷ Las prohibiciones basadas en la apelación a valores morales, 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 cuenta deseos, necesidades o intereses de ninguna otra naturaleza. Gallino, Luciano. *Diccionario de sociología*, México, Ed. Siglo XXI, p. 594.

³⁸ Raz, Joseph. *op. cit.* pp. 193-216.

³⁹ Jefferson Powell, H. *op. cit.* p.110. Fetner, Gerald. *op. cit.* p. 144.

⁴⁰ Salmerón, Fernando. “*Sobre moral y derecho*”, *op. cit.* p. 97. Barnett estima que la legitimidad de las normas se obtiene por el proceso de elaboración de las mismas; por lo que, cuando los legisladores más

El trabajo legislativo deberá inferir qué principios y valores contendrá la normatividad⁴¹. Es decir, “lo que es moralmente correcto, lo que debe procurarse y defenderse, aquello a lo que debe aspirar el espíritu humano”⁴².

Por su parte, Kojève sostiene que: “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 como 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”⁴³.

A través de la historia, se ha hecho necesaria la creación de normas; primero, para la supervivencia de la sociedad⁴⁴; segundo, para cubrir sus exigencias; y tercero, para que existan mecanismos legales para definir la lucha por el poder entre los distintos grupos políticos⁴⁵. “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. Solo mediante

se ajusten y respeten al procedimiento legislativo, más legítimas serán las normas producidas. Barnett, Randy. *Restoring the lost constitution*, Princenton: Princeton press, 2004.

⁴¹ Hart, H. L. A. *op. cit.* p. 6.

⁴² Hart, H. L. A. *op. cit.* p. 6. De los Campos, Hugo. <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf>

⁴³ Franco Demarchi, Aldo Ellena. *Diccionario de sociología*, Madrid, Ed. Paulinas, 1986, p. 1174.

⁴⁴ Bickel, Alexander. *op. cit.* p. 38. Garland, David. *La cultura del control*, España, Gedisa, 2001, pp. 71-106. Pollock, Joycelyn M. *op. cit.* pp.118-128.

⁴⁵ Kojève, Alexandre. *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Ed. Nueva visión, 2005, p. 36. Linz, Juan J. *Problems of democratic transition and consolidation*, USA, Ed. The Johns Hopkins University, 1996, p. 5.

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 normas⁴⁶.

El rol del legislador será, entonces, el de plasmar en las leyes los valores morales de la comunidad. Con esto se elaboran ciertas pautas de control para la sociedad⁴⁷. “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 posibles⁴⁸.”

Ahora bien, toda sociedad organizada tiene el derecho a proteger los valores morales prevalecientes, y a defenderse de aquellas expresiones que ofendan los sentimientos de la comunidad⁴⁹.

Con lo anterior, se estructuran los esquemas de conducta que determinan las regularidades y uniformidades en el comportamiento social⁵⁰. Lo peor que puede suceder para que un esquema de conducta no sea aceptado como conducta válida en la respectiva cultura es que un individuo defraude las expectativas de conducta de un número bastante grande de personas⁵¹. De esta manera, cuando los legisladores prohíben cierto comportamiento mediante una disposición legal, “está[n] diciendo que dicha acción es en cierto modo, y sobre cierta base, reprehensible o susceptible de desaprobación⁵².”

Además, es necesario que esa conducta sea rechazada por la mayoría de la sociedad, “es necesario que provoque un verdadero sentimiento de reprobación,

⁴⁶ Franco Demarchi, Aldo Ellena. *op. cit.* p. 1174.

⁴⁷ Hart, H. L. A., *op. cit.* pp. 14 y 20.

⁴⁸ Schoeck, Helmut. *Diccionario de sociología*. Barcelona, Ed. Herder, 1981, p. 474.

⁴⁹ Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* p. 599.

⁵⁰ Hart, H. L. A. *op. cit.* p. 71.

⁵¹ Ferreres Comella, Victor *Do Constitutional Rights Bind Private Individuals* en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Comella_Do_Constitutional_Rights_Bind_Private_Individuals.pdf

⁵² MacCormick, Neil. “En contra de la ausencia de fundamento moral”, *op. cit.* p. 174. Hart, H. L. A., *op. cit.* pp. 55-59.

de repugnancia”⁵³, 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”⁵⁴.

Sin duda, toda sociedad tiene el derecho a usar sus leyes como un acto de autodefensa para su integridad y supervivencia⁵⁵. De lo pretérito, se desprende que toda conducta humana se reduce, por lo tanto, a un conjunto de reflejos condicionados.

Se debe considerar que varios estudiosos (Alexy, Dworkin, MacIntyre, Nagel, Sandel, Taylor y otros) tratan de empatar la moral con el Derecho y con ello 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 pasarlas a cargo del derecho”⁵⁶; pero esto no significa que se deba tener una obediencia ciega⁵⁷; en tanto que “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”⁵⁸.

Por lo mismo, las normas deben contar con “una concepción objetivista de la norma [que] 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”⁵⁹.

Del incumplimiento de las normas vendrá, en consecuencia para el infractor, un castigo aprobado por la sociedad⁶⁰, pues “la justificación moral del castigo depende, en última instancia, del carácter dañino de la acción que se reprime”⁶¹.

Con la imposición de la sanción, se desarraiga e inhibe la conducta personal, limitando su actuación social⁶², por lo que esta “opera como un elemento disuasorio directamente en contra de lo que se cree correcto, o al menos como

⁵³ Malem, Jorge. *op. cit.* p. 63.

⁵⁴ MacCormick, Neil. *op. cit.* p. 173. Fallon, Richard Jr. *op. cit.* p. 39.

⁵⁵ Raz, Joseph. *The morality of freedom*, New York, Ed. Oxford, 1988, pp. 23-99.

⁵⁶ Salmerón, Fernando. *op. cit.* p. 83. Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* p. 599.

⁵⁷ Garzón Valdés, Ernesto. *op. cit.* p. 157.

⁵⁸ Malem, Jorge. *op. cit.* p. 61.

⁵⁹ Bulygin, Eugenio. “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, *op. cit.*, pp. 228, 229 y 231.

⁶⁰ Kojève, Alexandre. *op. cit.* p. 38. Bickel, Alexander M. *op. cit.* pp. 69-70 y 236.

⁶¹ Malem, Jorge. *op. cit.* p. 72. Vid, http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/07_edicion1.pdf Este tema lo refiere Robert Alexy, como “el argumento de la corrección”, en Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral*, *op. cit.* p. 122.

⁶² Pollock, Joycelyn M. *op. cit.* pp. 385-408.

una fuerza coactiva en contra de que uno haga algo, que en principio parece moralmente aceptable, y quizá preferible en determinado contexto”⁶³.

Así, la moral pública se ha convertido en la circunstancia que con más frecuencia se invoca para coartar las libertades⁶⁴. Por consiguiente, esta debe valorarse en su justa medida, sin utilizarla como vehículo para imponer prejuicios y sentimientos⁶⁵.

Lo fundamental, es que cuando se crea, modifica o reforma una norma jurídica se piensa que esta tiene un fin justo, que contiene un espíritu de justicia, que determina qué es lo correcto, que es vigente y aceptada, porque su valor se apoya y se genera de la voluntad general⁶⁶.

Ahora bien, para retomar 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. Una 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 ideal⁶⁷, pero si la normatividad es violada (supuestamente), la persona deberá sujetarse a ser juzgada, por un operador jurídico, que determinará si se transgredió la seguridad, un bien o un interés de la sociedad⁶⁸.

Esto nos conlleva a que no solo basta con que se produzca una conducta perjudicial, y que se contemple un castigo⁶⁹, 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 defenderse contra algún abuso⁷⁰.

⁶³ MacCormick, Neil. *op. cit.* p. 166.

⁶⁴ Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* p. 598.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 599, 601, 605 y 606.

⁶⁶ Fiss, Owen. *Libertad de expresión y estructura social*, México, Ed. Fontamara, 2004, p. 59.

⁶⁷ Salazar, Pedro. “Justicia constitucional y democracia”, en *Corte, jueves y política*, Vázquez, Rodolfo. México, Ed. Fontamara, 2007, p. 39.

⁶⁸ Larmore, Charles. *The autonomy of morality*, USA, Ed. Cambridge, 2008.

⁶⁹ Cragg, Wesley. *The practice of punishment*, London, Ed. Routledge, 1992, pp. 115-137.

⁷⁰ Ackerman, Bruce. *op. cit.* p. 283. C.W. Maris, F.C.L.M. Jacobs (eds.), *Law, Order and Freedom, Law and Philosophy* 353, Library 94, DOI 10.1007/978-94-007-1457-1_10, C, Ed. Springer

Pero ¿de qué manera los jueces pueden o deben expresar la desaprobación de la sociedad? Si bien “*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*”⁷¹. 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 fundado en su libertad y autonomía individual.

2. LIBERTAD Y AUTONOMÍA INDIVIDUAL

Uno de los conceptos más aceptado y utilizado sobre el tema de la libertad, es el de Isaiah Berlín⁷². Este autor clasifica a la libertad en negativa y positiva. La noción de libertad negativa es aquella que se da por la imposición de un tercero sobre una persona, la cual con esta limitación ve frustradas sus ilusiones⁷³. En este espacio, no existe una normatividad que rija las relaciones sociales; tal como sucede en la esclavitud o en la pobreza económica. Al contrario, la libertad positiva nos permite ser dueños de nuestro destino, pues en ella 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 normatividad⁷⁴.

La libertad ordenada permite que ciertas conductas políticas y morales se realicen libremente, sobre la base de las leyes expedidas por el dominio legislativo de los Estados⁷⁵. Por lo que la libertad no es una serie de puntos aislados expuestos en términos de libertad (expresión, prensa, religión y otros tantos). Esta es una continuidad racional que, en sentido amplio, incluye una libertad de todas las imposiciones arbitrarias e intentos para restringirla⁷⁶.

La tradición de la libertad de expresión se constituye sobre esta visión del mundo cuando se reduce la libertad de expresión a la autonomía, y se define a la autonomía para significar la ausencia de interferencia gubernamental⁷⁷.

Science+Business Media B. V. 2011, pp. 361-363.

⁷¹ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p.175.

⁷² Berlin, Isaiah. *Four essays on liberty*, England, Ed.Oxford, 1969, pp. 118-172.

⁷³ Vid, Rothbard, Murray N. *The ethics of liberty*, USA, Ed. New York University press, 1998, pp. 201 y ss.

⁷⁴ Cfr., Dworkin, Ronald. *Freedom's law*, *op. cit.* pp. 214-216. Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* p. 753.

⁷⁵ Fetner, Gerald. *op. cit.* p. 73.

⁷⁶ Fallon, Richard Jr. *op. cit.* p. 138.

⁷⁷ Fiss, Owen. *op. cit.*, pp. 29 y 51. Raz, Joseph, *op. cit.*, pp.369-429.

La autonomía personal es definida como: “*el principio jurídico filosófico que les 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*”⁷⁸.

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 ciudadanos⁷⁹. Sin embargo, no sólo se trata de seleccionar un proyecto de vida⁸⁰. Esta decisión se debe realizar con base en la convivencia social, que se rige por normas jurídicas⁸¹.

Si contamos con un sistema democrático liberal, se dará preponderancia a potenciar las libertades individuales⁸². “*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*”⁸³. El problema es definir cuáles son los límites a esas libertades⁸⁴, puesto que “*la libertad no solo hace posible que nos demos a nosotros mismos nuestra propia ley, sino también hace posible que seamos capaces de cumplirla o incumplirla*”⁸⁵.

Con esta determinación se indican los lineamientos de conducta individual. Pero el problema acaece cuando el sujeto no se siente identificado con la norma⁸⁶. 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*

⁷⁸ Cornejo, Certtucha; Francisco, Voz. “Autonomía de la voluntad”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, México, Ed. UNAM, 1982, pp. 239-240.

⁷⁹ Bix, Brian H. *Diccionario de teoría jurídica*, México, Ed. UNAM, 2009, p. 22.

⁸⁰ Fetner, Gerald. *op. cit.* p. 134. Vid, Gargarella, Roberto. “El carácter igualitario del republicanismo”, en *Isegoria*, No. 33, 2005, pp. 175-189.

⁸¹ Posner, Eric. *Law and social norms*, Cambridge, Ed. Harvard press, 2002, pp. 203-224.

⁸² Fallon, Richard Jr. *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.

⁸³ Malem, Jorge. *op. cit.* p. 60.

⁸⁴ 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. De los Campos, Hugo. *Diccionario de Sociología*, Disponible en <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf> (20,11,2012).

⁸⁵ Muguera, Javier. “El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal”, *op. cit.* p. 185.

⁸⁶ Fiss, Owen. *op. cit.* p. 84.

*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*⁸⁷.

La finalidad del prejuicio es la de considerar de forma explícita que si una persona o grupo social es objeto de este, ello se debe tan solo a las características realmente negativas de esa persona o grupo. Esta es una afirmación tautológica, autorrealizadora, puesto que se concibe que las características negativas de los demás son las que inducen a desarrollar un prejuicio negativo, por lo que, si un grupo es objeto de prejuicio, sus características son necesariamente negativas⁸⁸.

Entonces, se observa que las condiciones sociales impuestas por la mayoría sirven como control social⁸⁹, lo que se da a partir del supuesto de que el sujeto no se comportará de acuerdo con los códigos morales interiorizados⁹⁰.

Aquí se plantea otro tema en nuestro conflicto, como es el de la tolerancia que deben tener los demás elementos de la sociedad ante una conducta que se debería reprender. La moralidad aplica la forma general de tolerancia como una relación entre motivos de acción para la desaprobación, pero razona para refrenarse en la expresión o en la interpretación sobre tal desaprobación⁹¹.

Así, tenemos por una parte la libertad de pensamiento que etiqueta a algunas imposiciones como condicionamientos sociales y, de otra parte, el control que se debe ejercer sobre todos los miembros de una comunidad para lograr una convivencia pacífica. De ello se deriva que el justo medio es la tolerancia, en tanto que: *“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 lo 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*⁹².

⁸⁷ [http://enciclopedia_universal.esacademic.com/19830\(22, 11,2012\).](http://enciclopedia_universal.esacademic.com/19830(22, 11,2012).)

⁸⁸ Franco Demarchi, Aldo Ellena. *op. cit.* p. 1364.

⁸⁹ Melossi, Dario. *El Estado del control social*, México, Ed. Siglo XXI, 1982, pp. 160-191 y 231-255.

⁹⁰ Gallino, Luciano. *Diccionario de sociología*, México, Ed. Siglo XXI, p. 594.

⁹¹ Loudon, Robert B. *Morality and moral theory*, USA, Ed. Oxford, 1992, pp. 3-84.

⁹² *Ibid.* pág 17.

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*”⁹³.

Según la Real Academia de la Lengua Española, la tolerancia es el respeto a las ideas, creencias o prácticas de los demás cuando son diferentes o contrarias a las propias. 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 quienes se discrepa. Por lo que debe ser entendida como el acto o práctica de permitir algo, no totalmente aprobado, de manera que no se dificulte la convivencia, especialmente, en el campo de las opiniones y creencias (en particular en materia religiosa) que se diferencian de las normas predominantes⁹⁴.

Asimismo, la tolerancia es reconocida como el grado en que aceptamos racionalmente las cosas que desaprobamos personalmente. Esto, desde luego, describe la práctica de la tolerancia, no la virtud. Incluso, cuando un acto dado de tolerancia puede ser descrito sin controversia (lo que no ocurre siempre), la clase de desaprobación de un actor dado y las motivaciones que ella tiene para actuar sobre ello, pueden variar⁹⁵.

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, que debe ser considerado como un valor, una virtud o un principio⁹⁶.

Entonces, la tolerancia consiste en una lista larga que distingue y permite: “*compromiso, paz o coexistencia, indiferencia, escepticismo, reconocimiento, aceptación, indulgencia, liberalidad, paciencia, resistencia, condonación, caridad, respeto, pluralismo, y más*”⁹⁷. Así pues, una persona puede actuar tolerantemente en relación con sus creencias, aun cuando aquellas no puedan ser objetivamente verdaderas o pueden ser objetivamente falsas, tal como alguien puede actuar racionalmente en relación con creencias falsas⁹⁸.

⁹³ Bobbio, Norberto. *Dicionário de política*, 11ª Edición, Brasil, Ed. Un B, 1983, pp. 1245-47.

⁹⁴ Cambel, H; Nolan, J. *Black's Law*, USA, Ed. West, 2009, p. 1625.

⁹⁵ Williams, Melissa and Waldron, Jeremy. *op. cit.* p. 224.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 316.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 180.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 380.

La tolerancia se convierte en un tema relevante cuando en las sociedades que 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 político⁹⁹. Es allí donde 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 un ‘gama de comportamientos aceptables’, que permiten la manifestación de diferencias individuales; d) dentro del mismo sistema —o subsistema— cultural, las diferencias individuales 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”*¹⁰⁰.

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 solo deben regir en sus actos personales, sin perjudicar a los demás¹⁰¹. Por lo

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 24 y 321.

¹⁰⁰ Franco Demarchi, Aldo Ellena. *op. cit.* p. 1360.

¹⁰¹ Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* p. 608.

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.

3. EL PRINCIPIO DE DAÑO MORAL COMO INSTRUMENTO SANCIONADOR EN ASUNTOS DE ORDEN PÚBLICO

Los jueces son los responsables de restablecer el orden alterado e imponer las sanciones ante una violación a la normatividad¹⁰². Esto, a primera vista, no parece tan complicado; sin embargo, hay casos en que no solo se trata de encuadrar una conducta con un tipo legal, para poder castigar al infractor¹⁰³. Existen asuntos en que se debe ponderar los derechos fundamentales con las normas legales, teniendo que valorar con algo más que las leyes¹⁰⁴. En ese sentido, “*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*”¹⁰⁵.

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*”¹⁰⁶, pero, ¿el juez tiene la facultad de encontrar el sentido moral de una norma o debe actuar mecánicamente?¹⁰⁷ Así, para calificar un hecho dentro de la tolerancia moral debe haber alguna razón, creencia o conducta que se considera socialmente equivocada¹⁰⁸.

Se vuelve necesario, entonces, recordar que “*en la moral no hay reglas que establezcan autoridades y procedimientos cuyo fin sea la creación, modificación o supresión de normas morales*”¹⁰⁹, por lo que se tiene que imponer un castigo,

¹⁰² Fallon, Richard Jr. *op. cit.* p. 198.

¹⁰³ Posner, Richard, *op. cit.* p. 5.

¹⁰⁴ Fetner, Gerald. *op. cit.* p. 69.

¹⁰⁵ Muguerza, Javier. *op. cit.* p. 201.

¹⁰⁶ Fetner, Gerald. *op. cit.* p. 82.

¹⁰⁷ Jefferson Powell, H., *Constitutional conscience*, USA, Ed. University of Chicago, 2008, p. 3. Tarr, Alan. *Judicial process and judicial policymaking*, USA, Ed. Wadsworth, 2010, pp. 227-242.

¹⁰⁸ Williams, Melissa and Waldron, Jeremy. *op. cit.* p. 394.

¹⁰⁹ Malem, Jorge. *op. cit.* p. 71.

cuando se viola una norma que contiene un valor moral¹¹⁰. Es allí cuando el juez debe considerar y ponderar con base en el principio del daño¹¹¹.

La prueba de daño se refiere a un balance específico que debe realizarse al aplicar a un caso concreto, una excepción fundada en el interés público¹¹².

Los elementos que el juez debe considerar para analizar y reconocer si hubo un daño, son los siguientes¹¹³:

1. Confusión de las leyes con fundamentos paternalistas, con lo cual se constituye la supuesta justificación de leyes que reprimen cualquier inmoralidad.
2. Confusión de la legitimidad de la represión de la indecencia con la supuesta justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado.
3. No ofrece prueba alguna de por qué se ha de influir en las personas, para que se comporten moralmente mediante la imposición estatal de un mal¹¹⁴.

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*”¹¹⁵. Con lo anterior, se legitima por sí mismo “*la exigencia legal de un valor moral fundamental: el de proteger a las personas de daños infligidos intencionalmente por otros*”¹¹⁶.

Por otra parte, y no menos importante, es que los jueces deben ejercer su función bajo los principios de imparcialidad y objetividad¹¹⁷.

Isabel Trujillo valora en primera instancia, a 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*

¹¹⁰ Kojève, Alexandre. *op. cit.* pp. 47 y 48.

¹¹¹ 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*”. MacCormick, Neil. *op. cit.* p. 167.

¹¹² López Ayllón, Sergio. *Democracia y derecho a la información*, México, TEPJF, 2005, p. 249.

¹¹³ Bickel, Alexander M. *op. cit.* pp. 36 y 173.

¹¹⁴ Malem, Jorge. *op. cit.* pp. 69 y 70. Hart, H. L. A. *op. cit.* pp. 81-83.

¹¹⁵ Malem, Jorge. *op. cit.* p. 75. Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* pp. 582, 584 y 585.

¹¹⁶ MacCormick, Neil. *op. cit.* pp. 170 y 171.

¹¹⁷ Bickel, Alexander M. *op. cit.* pp. 50 y 55. Pollock, Joycelyn M. *op. cit.* p. 92. *Cfr.*, Soeharno, Jonathan. *The integrity of the judge*, England, Ed. Ashgate, 2009.

autoridad y constituye un criterio interno de articulación, conectado con una exigencia de justicia en relación con los sujetos implicados”¹¹⁸.

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”¹¹⁹.

Ronald Dworkin, por su parte, 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 justicia¹²⁰.

Pero no basta con estos principios de actuación judicial, puesto que el juez debe adminicular y correlacionar los hechos con la normatividad correspondiente¹²¹. Este acto racional le permitirá aplicar de manera 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”¹²².

El juez podrá interpretar las normas conforme a un marco establecido y atenuar las incertidumbres o lagunas legales¹²³, por lo que “parece adecuado describir esa experiencia como el intento de reconocer algo que espera reconocimiento, más que como un elección deliberada”¹²⁴. En ese sentido, las normas son impuestas por el legislador y solo se espera la correcta aplicación de las mismas¹²⁵.

Pero, ¿un juez puede cuestionar si una norma es justa o solo debe aceptarla por su origen democrático?, y, sobre todo, ¿un juzgador debe o puede poner

¹¹⁸ Trujillo, Isabel. *Imparcialidad*, México, Ed. UNAM, 2007, p. 2. Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* p. 685.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 3. Vid, Saldaña Serrano, Javier. *Virtudes del juzgador*, México, Ed. SCJN, 2007, pp. 48-51.

¹²⁰ Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*, Madrid, Ed. Ariel, 1990, pp. 154 y ss. Posner, Richard. *op. cit.* p. 89. Tarr, Alan. *op. cit.* pp. 244-249.

¹²¹ Jefferson Powell, H. *op. cit.* pp. 10 y 11.

¹²² *Ibid.*, p. 50.

¹²³ Posner, Richard. *op. cit.* pp. 8 y 11.

¹²⁴ Salmerón, Fernando. *op. cit.* p. 93.

¹²⁵ Fetner, Gerald. *op. cit.* pp. 71 y 73.

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 creencias¹²⁶. Aquí se produce un choque entre el derecho y sus convicciones. En estas situaciones es cuando se pone a prueba su destreza y objetividad al interpretar y emplear la norma¹²⁷.

La consecuencia de ello será el reconocimiento de que al interpretar las reglas del 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. Así pues, *“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 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”*¹²⁸.

Es oportuno, ahora, regresar al tema principal sobre cómo el juez deberá sancionar aquella conducta que violó la norma¹²⁹.

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 agravio contra la sociedad. Con estos elementos, deberá decidir si sancionará y, con ello, calificará esa conducta como impropia¹³⁰. El juez puede elaborar esta decisión legal desde tres perspectivas: la liberal (permisiva), la moral pública (punitiva) y la tolerancia (determinará las reglas para ejercer este comportamiento)¹³¹.

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 cuáles son los bienes dignos de ser protegidos. El Estado debe permanecer neutral respecto

¹²⁶ Pollock, Joycelyn M. *op. cit.* p. 138.

¹²⁷ Muguerza, Javier. *op. cit.* pp. 203 y 208.

¹²⁸ Salmerón, Fernando *op. cit.* pp. 102 y 109.

¹²⁹ De Zan, Julio. *op. cit.* pp. 59-76 y 112-141.

¹³⁰ Posner, Richard. *op. cit.* pp. 85-86 y 88.

¹³¹ Pollock, Joycelyn M. *op. cit.* pp. 92-148 y 355-373.

de las concepciones particulares de lo ‘bueno’¹³². 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 comunidad¹³³. 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 su conducta realmente ocasionó un daño a la comunidad, y para esto se tienen los elementos del principio de daño (ya citado anteriormente).

Otro principio que este individuo puede invocar en su actuación 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*”¹³⁴.

Segundo, si el juez considera que se debe castigar al acusado porque con su conducta infringió una ofensa a la sociedad¹³⁵. Por un lado, los jueces deben hacer caso omiso a sus opiniones morales, más bien, deben manifestar tolerancia hacia ideas incompatibles con ellos. Por otra parte, el tribunal no debe tolerar las violaciones a la Ley, incluso si el juez personalmente siente que podría tolerar el acto ofensivo¹³⁶.

Si la defensa del procesado alega la libertad de expresión como fuente de su comportamiento, pero el juez no la considera relevante, podrá sancionar con base en la prueba del interés público¹³⁷, en tanto que 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 vivir¹³⁸.

¹³² Dworkin, Ronald. *Freedom's law*, op. cit. p. 238. Jefferson Powell, H. op. cit. p. 27.

¹³³ Hart, H. L. A. op. cit. p. 48. Bickel, Alexander M. op. cit. pp. 205-206.

¹³⁴ Garzón Valdés, Ernesto. “Derecho y moral”, op. cit. p. 49.

¹³⁵ Jefferson Powell, H. op. cit. p. 83.

¹³⁶ Williams, Melissa and Waldron, Jeremy. op. cit. p. 179.

¹³⁷ *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, Fiss, Owen. op. cit. pp. 23 y 52. Ackerman, Bruce. op. cit. p. 234.

¹³⁸ López Ayllón Sergio. op. cit. p. 249.

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*”¹³⁹.

El tercer escenario judicial es a qué en que el juez puede proferir una sentencia que le permita al acusado ejercer esa conducta sin dañar al resto de la comunidad¹⁴⁰. Para lo cual se pueden marcar o señalar lugares especiales y horas específicas para ella y que se advierta a la población de la misma¹⁴¹. Con esta resolución, se equilibran ambas posiciones e intereses, pues “*desde la perspectiva liberal [esta] no deja de ser una línea en que se cruzan los bienes protegidos por las instituciones colectivas y los derechos individuales*”¹⁴².

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 encontradas¹⁴³. De esta manera, la tolerancia describe el camino por el que conceptos diferentes pero ‘razonables’ moralmente, son aceptados mutuamente, dentro del marco de una sociedad justa¹⁴⁴.

Otra posible forma para resolver esta clase de asuntos es la que se basa en los casos precedentes¹⁴⁵. Con esto, el juez buscará una opinión externa y resolverá de conformidad con las sentencias emitidas por sus pares¹⁴⁶.

De otra parte, el papel de las autoridades no es el de remover las causas de la tensión social eliminando el pluralismo, sino garantizar que cada uno de los grupos actúen de manera tolerante con los demás¹⁴⁷.

Sin embargo, es evidente que cualquier decisión que tome un juez en esta clase de asuntos tendrá consecuencias políticas¹⁴⁸. Lo importante, sin embargo, es

¹³⁹ MacCormick, Neil. *op. cit.* p. 168.

¹⁴⁰ Posner, Richard. *op. cit.* pp. 81-82 y 93-121. Jefferson Powell, H. *op. cit.* pp. 93 y 96. Tarr, Alan. *op. cit.* pp. 255-275.

¹⁴¹ Como nudismo, zonas rojas, etc. Vid, Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* pp. 594 y 595.

¹⁴² Salmerón, Fernando. *op. cit.* p. 90.

¹⁴³ Williams, Melissa and Waldron, Jeremy. *op. cit.* pp. 223 y 347.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 177 y 415.

¹⁴⁵ Cfr., Gerhardt, Michael J. *The power of precedent*, New York, Ed. Oxford, 2008.

¹⁴⁶ Posner, Richard. *op. cit.* pp. 144, 154, 183 y 184.

¹⁴⁷ Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* p. 572.

¹⁴⁸ Jefferson Powell, H. *op. cit.* pp. 47, 52 y 53.

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 armonizarse); pero, por otro lado, deben de regir normas que permitan y fortalezcan *“la cohesión social o la solidaridad [que] dependen de ciertos preceptos morales comunes que pueden constituir un consenso moral”*¹⁴⁹.

En la actualidad, los juzgadores están llamados a asumir un papel decisivo para la democracia, pues ellos son los garantes de los derechos fundamentales y quienes dan continuidad constitucional y legal a los actos de los órganos del poder público¹⁵⁰.

Para finalizar este artículo, se presentarán a continuación un conjunto de conclusiones que resumen las aristas del tema tratado.

CONCLUSIONES

1. Este trabajo sostiene la imposibilidad de desvincular el derecho y la moral, porque existe una relación simbiótica entre ambas.¹⁵¹ 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 solo tiene carácter definitorio para el sistema jurídico en su conjunto, 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”*¹⁵².

Esta conexión entre Derecho, patrones morales y principios de justicia, puede ser en su señalamiento *“tan arbitrario o tan necesario, como la conexión que hacen algunos juristas entre derecho y sanción”*¹⁵³.

2. La moral pública solo 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

¹⁴⁹ McCormick, Neil. *op. cit.* p. 180.

¹⁵⁰ Orozco Henríquez, Jesús. “Judicialización de la política y legitimidad judicial”, en Vázquez, Rodolfo, *Corte, jueces y política, op. cit.*, p.39.

¹⁵¹ Alexy, Robert. *op. cit.* pp. 115 y 116.

¹⁵² *Ibid.*, pp. 133 y 150

¹⁵³ Salmerón, Fernando. *op. cit.* p. 86.

la moralidad; este 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 jurídicos¹⁵⁴.

3. La imposición de tipos de conducta prescriptivas, realmente no determinan la conducta; puesto que el individuo puede evaluarlas, ajustarlas, adoptarlas o desecharlas, pudiendo crear un sistema descriptivo de conductas, en tanto que: *“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 aceptadas y por decisiones motivadas por este autocompromiso”*¹⁵⁵.

El efecto de establecer normas es fijar límites a nuestra elección, pero ello 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”*¹⁵⁶. Sin embargo, la libertad y la autonomía deben tener controles; pues estas no son bienes de los que se pueda gozar de manera absoluta. Al respecto, *“resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas 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”*¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Faúndez Ledesma, Héctor. *op. cit.* pp. 607 y 750.

¹⁵⁵ MacCormick, Neil. *op. cit.* p. 165.

¹⁵⁶ Nino, Carlos S. “El principio de autonomía de la persona”, en Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1989, pp. 199-236.

¹⁵⁷ Bazterrica, Gustavo M. *La ley*, agosto 29 de 1986, t. 1986-D, p. 547.

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 sociedad¹⁵⁸.
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 la normatividad representa al individuo y/o si debe aceptarse llanamente, aunque no concuerde con su identidad. Por lo que siempre habrá personas inconformes con las imposiciones construidas por otros (aunque sea democráticamente)¹⁵⁹, 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*”¹⁶⁰.

Sin embargo, el sujeto que se sienta agraviado por las 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 garantizar la cohesión de una comunidad: “*ninguna sociedad [puede] mantener su cohesión si no cuenta con una estructura jurídica que establezca dogmáticamente qué es lo que en ella [se] considera justo*”¹⁶¹.

8. En una sociedad pluralista se debe permitir el disenso. La libertad se debe ejercer con responsabilidad, sin perjudicar a las demás personas¹⁶². En el marco del pluralismo, la tolerancia es una actitud de los individuos (o grupos) de uno hacia el otro, ejercida sobre la tentativa de alcanzar sus objetivos, más que una norma de acción estatal o un principio constitucional¹⁶³. Así pues, deben existir elementos de ayuda mutua y lealtad común, que permitan buscarse entre personas, lo que en conjunto

¹⁵⁸ Malem, Jorge. *op. cit.* p. 72.

¹⁵⁹ Un punto relevante, es que cualquier persona que esté contra alguna norma, pueda manifestarlo sin que sea sancionado.

¹⁶⁰ Garzón Valdés, Ernesto. “Derecho y moral”, *op. cit.* p. 25.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 146.

¹⁶² Scanlon, T. M. *The difficulty of tolerance*, USA, Ed. Cambridge, 2008.

¹⁶³ Williams, Melissa and Waldron, Jeremy, *op. cit.* pp. 23 y 179.

servirá para crear y mantener las estructuras de cuidado en los asuntos de atención y preocupación común¹⁶⁴.

9. El papel que desarrolla el juez es fundamental para establecer límites, para y conservar la libertad para que no se produzcan abusos¹⁶⁵; asimismo, el juez debe entender, razonar y aplicar la norma de manera imparcial y objetiva¹⁶⁶.
10. Las perspectivas democráticas dependen de la mejora del carácter moral de los individuos por los cambios. Nuestros intereses solo se pueden limitar por el daño que pueda ocasionarse, lo que permite la coacción del Estado; pero, una sociedad no debería cultivar una cultura de permisón excesiva hacia los grupos que subvaloran la igualdad y la libertad de todos sus miembros¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*, Madrid, Ed. Sistema, 1990, pp. 243-256.

¹⁶⁵ Bickel, Alexander M., *op. cit.*, p.264. Pollock, Joycelyn M., *op. cit.*, pp.378-379.

¹⁶⁶ Jefferson Powell, H., *op. cit.*, p.121. Fetner, Gerald, *op. cit.*, p.3.

¹⁶⁷ Williams, Melissa and Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p.18.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce. *We the people. Foundations*, Cambridge, Massachusetts: Harvard Press, 1991.
- Barnett, Randy. *Restoring the lost constitution*, Princeton: Princeton Press, 2004.
- Berlin, Isaiah. *Four essays on liberty*, London: Oxford, 1969.
- Bickel, Alexander M. *The least dangerous power*, New Haven: Yale, 1986.
- Bix, Brian H. *Diccionario de teoría jurídica*, México: UNAM, 2009.
- Bobbio, Norberto. *Dicionário de política*, 11ª. Edición, México: Siglo XXI, 1983.
- Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema, 1990.
- Covarrubias Dueñas, Jesús “Valores y principios constitucionales de la justicia penal electoral en México”, en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 5, México, 2003.
- Cragg, Wesley. *The practice of punishment*, London: Routledge, 1992.
- De Zan, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2004.
- Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*, Madrid: Ariel, 1990.
- Dworkin, Ronald. *Freedom 's law*, Cambridge: Harvard, 1996.
- Fallon, Richard Jr. *The dynamic constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Faúndez Ledesma, Héctor. *Los límites de la libertad de expresión*, México: UNAM, 2004.
- Franco Demarchi, Aldo Ellena, *Diccionario de sociología*, Madrid: Paulinas, 1986.
- Fetner, Gerald. *Ordered liberty*, New York: Borzoi Books, 1983.
- Fiss, Owen. *Libertad de expresión y estructura social*, México: Fontamara, 2004.
- Gallino, Luciano. *Diccionario de sociología*, México: Siglo XXI, 1995
- Gargarella, Roberto. “El carácter igualitario del republicanismo” en *Isegoría*, No. 33, Madrid, 2005.
- Garland, David. *La cultura del control*, Barcelona: Gedisa, 2001.
- Gerhardt, Michael J. *The power of precedent*, New York: Oxford, 2008.
- Jefferson Powell, Herbert. *Constitutional conscience*, Chigago: University of Chicago, 2008.
- Joyce, Richard. *The evolution of morality*, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2006.
- Hart, H. L. A. *Law, liberty and morality*, Stanford: Vintage, 1963.
- Hinde, Robert A. *Why good is good. The sources of morality*, New York: Routledge, 2002.

- Horst, Steven. *Law, mind and free will*, Cambridge, Massachusetts: MIT press, 2011.
- Kojève, Alexandre. *La noción de autoridad*, Buenos Aires: Nueva Visión, 2005.
- Larmore, Charles. *The autonomy of morality*, Cambridge: Cambridge, 2008.
- Linz, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996.
- López Ayllón, Sergio. *Democracia y derecho a la información*, México: TEPJF, 2005.
- Louden, Robert B. *Morality and moral theory*, New York: Oxford, 1992.
- Mackie, J. L. *Ethics. Inventing the right and wrong*, New York: Penguin, 1990.
- Melossi, Darío. *El Estado del control social*, México: Siglo XXI, 1982.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas*, Buenos Aires: Heliasta 2004.
- Nino, Carlos S. *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires: Astrea, 1989.
- Nohlen, Dieter. *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México: UNAM, 2003.
- Panichas, George. *Sex, morality and the law*, Londo: Routledge, 1997.
- Perry, Michael J. *Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court*, New York: Cambridge, University Press, 2009.
- Pollock, Joycelyn M. *Ethical dilemmas and decisions in criminal justice*, Belmont: Wadsworth, 2007.
- Posner. Eric A. *Law and social norms*, Cambridge: Massachusetts: Harvard Press, 2002.
- Posner, Richard. *How judges think*, Cambridge: Harvard Press, 2008
- Rawls, John. *Liberalism political*, Cambridge: Harvard, 1996.
- Raz, Joseph. *The morality of freedom*, New York: Oxford, 1988.
- Rothbard, Murray N. *The ethics of liberty*, New York: University Press, 1998.
- Saldaña Serrano, Javier. *Virtudes del juzgador*, México: SCJN, 2007.
- Scanlon, T. M. *The difficulty of tolerance*, New York: Cambridge, 2008.
- Scheb, John M. *Criminal Law*, Belmont: Wadsworth, 2009.
- Schoeck, Helmut. *Diccionario de sociología*, Barcelona: Herder, 1981.
- Scruton, Roger. *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought*, New York: Palgrave Macmillan, 2007.
- Soeharno, Jonathan. *The integrity of the judge*, Farnham: Ashgate, 2009.
- Sundara Rajan, Mira. *Moral rights*, New York: Oxford, 2011.
- Tarr, Alan, *Judicial process and judicial policymaking*, Belmont: Wadsworth, 2010.
- Tedford, Thomas L. *Freedom of speech in the United States*, New York: Randan House, 2009.

- Tocqueville, Alexis. *La democracia en América*, México: FCE, 1957.
- Trujillo, Isabel. *Imparcialidad*, México: UNAM, 2007.
- Vázquez, Rodolfo (Comp.). *Derecho y moral*, Madrid: Gedisa, 1998.
- Vázquez, Rodolfo (Comp.). *Corte, jueces y política*, México: Fontamara, 2007.
- Williams, Melissa; Waldron, Jeremy. *Toleration and its limits*, New York: New York University Press, 2008.
- Windlesham, Lord. *Politics, punishment and populism*, New York: Oxford, 1998.
- Diccionario Jurídico Mexicano*, México: UNAM, 1982.
- Cambell, H.; Nolan, J. *Black 's Law*, St. Paul: West, 2009.

Recursos electrónicos:

- <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.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/07_edicion1.pdf
- http://enciclopedia_universal.esacademic.com/19830