

LA NORMA COMO POSITIVACIÓN DE LA MORAL PÚBLICA*

THE NORM AS THE POSITIVIZATION OF PUBLIC MORAL

*Carlos Manuel Rosales ***

Resumen: El origen de las conductas y las normas proviene principalmente del contexto histórico, económico, político y cultural de cada sociedad. Este trabajo muestra que la determinación y la modificación de las normas por medio de la positivación de la moral pública, misma que es una construcción legítima del pueblo, que permite el establecimiento legal de diversos principios y valores, con el objetivo de conseguir sus metas.

Palabras-clave: Equilibrio reflexivo - Moralidad - Norma - Legislación - Bien común.

Abstract: The origin of the conducts and the norms comes principally from the historical, economic, political and cultural context of every society. This work shows that the determination and the modification of the norms through the framing of the public morality, it is a legitimate construction of the people, which allows the legal establishment of diverse principles and values, with the aim to obtain his goals.

Keywords: Reflexive equilibrium - Morality - Norm - Legislation - Welfare.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Positivación de la moral pública.- III. Conclusiones.- IV. 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. (1). Pero la mejor manera de establecer parámetros de comportamiento “adecuado” son el consenso y el dialogo.

* Trabajo recibido para su publicación el 12 de agosto de 2014 y aprobado el 12 de septiembre del mismo año.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Estudios de Magister y Doctorado en la Universidad de Chile.

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

De esta forma, los temas que definen que es lo “correcto”, siempre contendrán una carga moral y, por tanto, serán susceptibles de crítica y de opinión (2).

Existe una gran variedad de temas que se han estudiado en el campo de la deontología jurídica (como la prostitución, pornografía, racismo, libertad de expresión, aborto, eutanasia, entre otras (3)). 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 (4). Pues, 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 (5). Las motivaciones de cada sujeto, por lo que realiza estos actos puede tener varias fuentes como: el convencionalismo social, el placer, la necesidad de expresión, etc. (6).

La conducta tiene su respaldo basado en lo subjetivo, y en el entendido de que se hace por convicción personal (7). Por lo que, este comportamiento tiene una repercusión negativa, si los demás miembros de la comunidad consideran que ese acto no refleja un valor común (8). 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 inconformidad (9).

Aquí yace el contrapunto: el tema de la moral pública (moralidad) que determina principalmente, los valores que unen a un grupo social (10). Estos lineamientos de conducta estipulan, indican y califican que es *bueno, correcto o justo* (11); y que 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 (12).

(2) *Idem*, pp.7-14. Cfr., PERRY, Michael J., *Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court*, Ed. Cambridge, USA, 2009.

(3) Cfr, DWORKIN, Ronald, *Freedom's law*, Ed. Harvard, Cambridge, 1996. PANICHAS, George, *Sex, morality and the law*, Ed. Routledge, Great Britain, 1997.

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

(5) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, Ed. UNAM, México, 2004, p.45.

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

(7) RAWLS, John, *Liberalism political*, Ed. Harvard, Cambridge, 1996, pp.54-66.

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

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

(10) Cfr, JOYCE, Richard, *The evolution of morality*, The MIT press, USA, 2006.

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

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

Este trabajo intentará averiguar el origen de la moral pública y su positivación en normas para la protección del orden público y del interés general (13).

II. Positivación de la 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" (14).

De esta manera, las reglas morales imponen obligaciones, pero se excluyen ciertas áreas en que cada persona puede decidir libremente, pudiendo seleccionar de manera independiente y autónoma (15).

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 (16).

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 se convierte de una vital importancia las condiciones socio-políticas, mismas que difieren en cada caso, lugar, momento o circunstancia (17).

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 Estado (18). 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) (19). Con esto debemos de ubicar cada asunto en cada contexto, para poder entender el escenario de cada sociedad (20).

(13) BICKEL, Alexander M., *The least dangerous power*, Ed. Yale Press, USA, 1986, pp.23-33, 58-59 y 199.

(14) Ed. West, USA, 2009, p.1100.

(15) HART, H.L.A., *The concept of law*, Ed. Clarendon, Oxford, 1988, pp. 7 y 14.

(16) MACKIE, J.L., *op. cit.*, pp.105-193. 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". *Idem*, pp. 222, 242, 384 y 388.

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

(18) *Vid*, DE ZAN, Julio, *op. cit.*, pp. 40-55.

(19) SUNDARA Rajan, Mira, *op. cit.*, pp. 31-114.

(20) HINDE, Robert A., *Why good is good. The sources of morality*, Ed. Routledge, USA, 2002, pp. 45-150.

Para fines de este trabajo, proponemos ubicarnos como escenario un Estado constitucional democrático estable, en el que estén reconocidos los Derechos Humanos; se 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 no tenga ninguna discreción ilimitada para decidir qué medidas son las apropiadas para preservar el orden público (21).

A partir de este contexto democrático representativo, los legisladores elaboraran las normas que conllevarán a la finalidad de esa sociedad, generando un ideal de conducta pública para todos los habitantes (22).

“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 incambiados a lo largo de un período importante de tiempo” (23).

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

La política proporciona varias clases de mecanismos para abrirse camino de la indecisión a la acción. Estos mecanismos raras veces implica el uso desapasionado de razón pura a decisiones prácticas. De hecho, la política democrática contiene procedimientos totalmente institucionalizados, como el voto de mayoría, para alcanzar decisiones cuando la razón ha fallado en determinar un curso de acción (26). 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 (27). 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 (28).

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

(21) SCHEB, John M., *Criminal Law*, Ed. Wadsworth, USA, 2009, pp. 196-221. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, op. cit., p.591.

(22) DE LOS CAMPOS, Hugo, <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf> Página consultada el 21 de abril del 2013.

(23) *Vid*, WINDLESHAM, Lord, *Politics, punishment and populism*, Ed. Oxford, USA, 1998, pp. 100-147.

(24) ACKERMAN, Bruce, *We the people. Foundations*, Ed. Harvard press, USA, 1991, p. 224.

(25) SCHOECK, Helmut, *Diccionario de sociología*, Ed. Herder, Barcelona, 1981, p.134.

(26) SCRUTON, Roger, *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought*, USA, 2007, p.452.

(27) WILLIAMS, Melissa - WALDRON, Jeremy, *Toleration and its limits*, Ed. New York University press, New York, 2008, p.369.

(28) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, op. cit., pp.568, 592 y 594.

con las normas, valores y creencias que profesa la comunidad en que habitan” (29). Por lo que también se debe estipular, qué conductas serán contrarias a los valores morales, que afecten o dañen a la comunidad (30).

Pero estas normas tienen un origen democrático, que se basa no a partir de una simple imposición (31); 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 conseguir sus objetivos (32).

“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” (33).

El trabajo legislativo deberá inferir qué principios y valores que contendrán la normatividad (34). “Lo que es moralmente correcto, lo que debe procurarse y defenderse, aquello a lo que debe aspirar el espíritu humano” (35).

“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

(29) DE LOS CAMPOS, Hugo, <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf> Página consultada el 21 de abril del 2013. Vid, FETNER, Gerald, *Ordered liberty*, Ed. Borzoi books, USA, 1983, p.32.

(30) 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*, Ed. Siglo XXI, México, p.594.

(31) RAZ, Joseph, op. cit., pp.193-216.

(32) JEFFERSON POWELL, H., op. cit., p.110. Fetner, Gerald, op. cit., p.144.

(33) SALMERÓN, Fernando, “Sobre moral y derecho”, en VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derecho y moral*, op.cit., p. 97. Randy 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 se ajusten y respeten al procedimiento legislativo, más legítimas serán las normas producidas. *Restoring the lost constitution*, Ed. Princeton Press, USA, 2004.

(34) HART, H.L.A., op. cit., p. 6.

(35) DE LOS CAMPOS, Hugo, <http://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf> Página consultada el 21 de abril del 2013.

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” (36).

Por lo que se ha hecho necesario la creación de normas, primero para la supervivencia de la sociedad (37); segundo, para cubrir sus exigencias, y tercero, para que existan mecanismos legales para la lucha por el poder entre los distintos grupos políticos (38).

“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” (39).

El rol del legislador será plasmar en las leyes, los valores morales de la comunidad; (40) con esto se elabora ciertas pautas de control para la sociedad (41).

“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” (42).

(36) FRANCO DEMARCHI, Aldo Ellena, *Diccionario de sociología*, Ed. Paulinas, Madrid, 1986, p.1174.

(37) BICKEL, Alexander, op. cit., p.38. GARLAND, David, *La cultura del control*, Gedisa, España, 2001, pp.71-106. POLLOCK, Joycelyn M., op. cit., pp. 118-128.

(38) KOJÉVE, Alexandre, *La noción de autoridad*, Ed. Nueva visión, Buenos Aires, 2005, p.36. LINZ, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Ed. The Johns Hopkins University, USA, 1996, p.5 y ss.

(39) FRANCO DEMARCHI, Aldo Ellena, op. cit., p.1174.

(40) HART, H.L.A, op. cit., pp.14 y 20.

(41) WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Ed. Oxford, USA,, 2004, pp.5, 21-48.

(42) SCHOECK, Helmut, *Diccionario de sociología*, Ed. Herder, Barcelona, 1981, p. 474.

Toda sociedad organizada tiene el derecho a proteger los valores morales preva-
lecientes, y a defenderse de aquellas expresiones que ofendan los sentimientos de la
comunidad (43).

Con lo anterior, se estructuran los esquemas de conducta que determinan las re-
gularidades y uniformidades en el comportamiento social (44). Lo peor que puede
suceder para un esquema de conducta pueda ser aceptado como conducta en la res-
pectiva cultura es que un Individuo defraude las expectativas de conducta de un nú-
mero bastante grande de personas (45).

De esta forma, cuando los legisladores prohíben cierto comportamiento mediante
una disposición legal, “está diciendo que dicha acción es en cierto modo, y sobre cier-
ta base, reprehensible o susceptible de desaprobación” (46).

Además, es necesaria que esa conducta sea rechazada por la mayoría de la so-
ciedad, “es necesario que provoque un verdadero sentimiento de reprobación, de
repugnancia” (47). Por lo que el castigo, se convierte en “un acto expresivo y simbóli-
co, expresivo de una actitud de grave desaprobación de lo hecho por la persona casti-
gada sobre la base de que es considerada culpable por ello” (48).

Sin duda, toda sociedad tiene el derecho a usar sus leyes como un acto de autode-
fensa para su integridad y supervivencia (49). De lo pretérito, se desprende que casi
toda conducta humana se reduce, a un conjunto de reflejos condicionados.

Hay que considerar, que varios estudiosos (Alexy, Dworkin, Elster, Hart, MacIn-
tyre, Nagel, Pogge, Rawls, Sandel, Singer, Taylor, Waldrony otros) tratan de empatar
y/o relacionar 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-, redu-
ciendo de esta manera espacios de libertad de los individuos, para pasarlas a cargo
del derecho” (50). Pero no significa que se deba tener una obediencia ciega (51). “La
única finalidad por la cual, el poder puede con pleno derecho, ser ejercido sobre un

(43) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, op. cit., p.599.

(44) HART, H.L.A., op. cit., p. 71. *Vid.* DELAMATER, John & MYERS, Daniel, *Social Psychology*, Ed. Wadsworth, USA, 2007, pp. 298-409.

(45) http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Comella_Do_Constitutional_Rights_Bind_Private_Individuals.pdf Página consultada el 21 de abril del 2013.

(46) MACCORMICK, Neil, “En contra de la ausencia de fundamento moral”, en Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, op.cit., p. 174. HART, H.L.A, op. cit., pp. 55-59.

(47) MALEM, Jorge, op. cit., p.63.

(48) MACCORMICK, Neil, op. cit., p.173. Fallon, Richard Jr., op. cit., p. 39.

(49) RAZ, Joseph, *The morality of freedom*, Ed. Oxford, New York, 1988, pp. 23-99.

(50) SALMERÓN, Fernando, op. cit., p.83. Faúndez Ledesma, Héctor, op. cit., p.599.

(51) GARZÓN VALDÉS, Ernesto, op. cit., p.157.

miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás” (52).

Por lo mismo, las normas deben contar con “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” (53).

Del incumplimiento de las normas vendrá en consecuencia para el infractor, un castigo aprobado por la sociedad (54): “La justificación moral del castigo depende, en última instancia, del carácter dañino de la acción que se reprime” (55).

Con la imposición de la sanción, se desarraiga e inhibe la conducta personal, limitando su actuación social (56): “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” (57).

Así, la moral pública se ha convertido en la circunstancia que con más frecuencia se invoca para coartar las libertades (58). Por consiguiente, la moralidad debe valorarse en su justa medida, sin utilizarla como vehículo para imponer prejuicios y/o sentimientos (59).

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 legítima, vigente y aceptada, porque su valor, se apoya y se genera de la voluntad soberana (60).

Retomando nuestro tema principal, debemos discernir porqué se prohíben algunas conductas. La respuesta *a priori* sería que existe una norma que la prohíbe y castiga. Esa conducta es desaprobada, porque la mayoría de la sociedad no cree que ese comportamiento refleje o contenga los valores sociales que la unen, por lo que se debe sancionar al sujeto que transgrede ese valor moral. Aquí nace la imposición de

(52) MALEM, Jorge, op. cit., p.61.

(53) BULYGIN, Eugenio, “Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, en Rodolfo VÁZQUEZ, *Derecho y moral*, op. cit., pp. 228, 229 y 231.

(54) KOJÉVE, Alexandre, op. cit., p.38. BICKEL, Alexander M., op. cit., pp.69-70, y 236.

(55) MALEM, Jorge, op. cit., p.72. Vid, http://www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion1/07_edicion1.pdf Página consultada el 21 de abril del 2013. Este tema lo refiere Robert ALEXY, como “el argumento de la corrección”, en Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, op. cit., p.122.

(56) POLLOCK, Joycelyn M., op. cit., pp. 385-408.

(57) MACCORMICK, Neil, op. cit., p. 166.

(58) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, op. cit., p. 598.

(59) Ídem, pp.599, 601, 605 y 606.

(60) FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, Ed. Fontamara, México, 2004, p. 59.

conducta en los lugares públicos, pues no es de interés para la sociedad, lo que cada persona realiza en su privacidad (61). Pero lo que si 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 (62). Pero si la normatividad es violada (supuestamente), la persona deberá sujetarse a ser juzgada, por un operador jurídico, que determinara si se transgredió la seguridad, un bien tutelado o cualquier interés de la sociedad (63).

Esto nos conlleva a que no solo basta produzca una conducta perjudicial, y que se contemple un castigo (64). 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 (65).

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” (66).

Con este marco, hemos podido advertir el origen y la legitimidad de los valores que le interesa tutelar a esa comunidad. Sin embargo, no siempre las leyes reflejan a toda la colectividad, creando espacios a la individualidad, pues es la autonomía la que nos permite elegir (67). Esto, lo hacemos a partir de decidir qué metas planea cada persona, qué gustos tiene, la determinación personal de cómo vivir, etc. (68). Todo esto a partir de su libertad y autonomía individual, pudiendo estar en desacuerdo con la norma, pero que de manera pública debemos acatarla o inconformarse por algún mecanismo que permita la libre expresión y evitar un abuso (69).

III. Conclusiones

1.-Este trabajo sostiene la imposibilidad de desvincular el derecho y la moral, porque existe una relación simbiótica entre ambas (70). Esto se ejemplifica por que las

(61) ELSTER, Jon, *Explaining social behavior*, Ed. Cambridge, USA, 2007, p.179 y ss.

(62) SALAZAR, Pedro, “Justicia constitucional y democracia”, en VÁZQUEZ, Rodolfo, *Corte, jueces y política*, Ed. Fontamara, México, 2007, p.39.

(63) *Cfr.* LARMORE, Charles, *The autonomy of morality*, Ed. Cambridge, USA, 2008.

(64) CRAGG, Wesley, *The practice of punishment*, Ed. Routledge, London, 1992, pp. 115-137.

(65) 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 Science and Business Media B.V. 2011, pp.361-363.

(66) MACCORMICK, Neil, op. cit., p.175.

(67) ELSTER, Jon, *Sour grapes*, Ed. Cambridge, Great Britain, 1983, pp.24-42

(68) DELAMATER, John &MYERS, Daniel, *op. cit.*, pp. 378-409.

(69) WALDRON, Jeremy, *op. cit.*, pp.149-231.

(70) ALEXY, Robert, op. cit., pp.115 y 116.

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” (71).

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” (72).

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 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 jurídicos (73).

3.-La imposición de tipos de conducta prescriptivas, realmente no determinan el comportamiento de la persona; sino que el individuo puede evaluarlas, ajustarlas, adoptarlas o desecharlas, 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 aceptadas y por decisiones motivadas por este autocompromiso” (74).

El efecto al establecer normas es fijar límites a nuestra elección, pero no determinan 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” (75). Sin embargo, la libertad y la autonomía deben tener controles; no son bienes del que se pueda gozar de manera absoluta.

(71) Ídem, pp.133 y 150.

(72) SALMERÓN, Fernando, op. cit., p. 86.

(73) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, op. cit., pp. 607 y 750.

(74) MACCORMICK, Neil, op. cit., p.165.

(75) *Vid.*, NINO, Carlos S., “El principio de autonomía de la persona”, en *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 199-236.

“(...) (R)esulta 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” (76).

1. 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 (77).
2. 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.
3. La ponderación individual nos permite inferir si las normas son buenas, correctas, justas, si simbolizan valores personales, etc. El punto es discernir, si aquella normatividad lo representa y/o si debe aceptarse llanamente, aunque no concuerde con cada identidad.

Por lo que siempre habrá personas inconformes por las imposiciones hechas por otros (aunque sea democráticamente) (78). 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” (79).

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) (80); 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 puede mantener su cohesión si no cuenta con una estructura jurídica que establezca dogmáticamente qué es lo que en ella se considera justo” (81).

5. En una sociedad pluralista, se debe permitir el disenso y la libertad se debe ejercer con responsabilidad, sin perjudicar a las demás personas (82). En el marco del plu-

(76) BAZTERRICA, Gustavo M., *La ley*, agosto 29 de 1986, t. 1986-D, p.547.

(77) MALEM, Jorge, op. cit., p.72.

(78) Un punto relevante y fundamental, es que cualquier persona que esté contra alguna norma, pueda manifestarlo sin que sea sancionado.

(79) GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Derecho y moral”, Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, op. cit., p.25.

(80) HART, H.L.A., *The concept of law*, op. cit., p.132.

(81) *Ibidem*, p.146.

(82) *Vid*, SCANLON, T.M., *The difficulty of tolerance*, Ed. Cambridge, USA, 2008.

ralismo, la tolerancia es una actitud de los individuos (o grupos) de uno hacia el otro, ejercido sobre su tentativa de alcanzar sus objetivos, más que una norma de acción estatal o un principio constitucional (83). Deben existir elementos de ayuda mutua y lealtad común, que llevan 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 (84).

6. El papel que desarrolla el juez es fundamental para establecer límites y conservar la libertad, para que no se produzca algún abuso (85); y por otro lado, el juez debe entender, razonar y aplicar, la norma de manera imparcial y objetiva (86).

7. Las perspectivas democráticas dependen de la mejora del carácter moral de los individuos por los cambios. Los intereses individuales se pueden limitar por el daño que pueden ocasionar, lo que origina y permite la coacción del Estado; pero una sociedad no debe cultivar una cultura de permisión excesiva hacia los grupos que subvaloran la igualdad y la libertad de todos sus miembros (87).

IV. Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, *We the people. Foundations*, Ed. Harvard press, USA, 1991.
- BARNETT, Randy, *Restoring the lost constitution*, Ed. Princeton press, USA, 2004.
- BAZTERRICA, Gustavo M., *La ley*, agosto 29 de 1986, t.1986-D.
- BICKEL, Alexander M., *The least dangerous power*, Ed. Yale press, USA, 1986.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1990.
- CRAGG, Wesley, *The practice of punishment*, Ed. Routledge, London, 1992.
- DE ZAN, Julio, *La ética, los derechos y la justicia*, Ed. Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.
- DELAMATER, John - MYERS, Daniel, *Social Psychology*, Ed. Wadsworth, USA, 2007.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's law*, Ed. Harvard, Cambridge, 1996.
- ELSTER, Jon, *Sour grapes*, Ed. Cambridge, Great Britain, 1983.
- ELSTER, Jon, *Explaining social behavior*, Ed. Cambridge, USA, 2007.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, Ed. UNAM, México, 2004.

(83) WILLIAMS, Melissa - WALDRON, Jeremy, *op. cit.*, pp.23 y 179.

(84) BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1990, pp.243-256.

(85) BICKEL, Alexander M., *op. cit.*, p.264. POLLOCK, Joycelyn M., *op. cit.*, pp.378-379.

(86) JEFFERSON POWELL, H., *op. cit.*, p.121. FETNER, Gerald, *op. cit.*, p.3. HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp.155-212.

(87) WILLIAMS, Melissa and WALDRON, Jeremy, *op. cit.*, p.18.

- FETNER, Gerald, *Orderedliberty*, Borzoibooks,USA, 1983.
- FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, Ed. Fontamara, México, 2004.
- DEMARCHI, Franco - ELLENA, Aldo, *Diccionario de sociología*, Ed. Paulinas, Madrid, 1986.
- GALLINO, Luciano, *Diccionario de sociología*, Ed. Siglo XXI, México.
- GARLAND, David, *La cultura del control*, Gedisa, España, 2001.
- JEFFERSON POWELL, Herbert, *Constitutional conscience*, Ed. University of Chicago, USA, 2008.
- KOJÉVE, Alexandre, *La noción de autoridad*, Ed. Nueva visión, Buenos Aires, 2005..
- LINZ, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Ed. The Johns Hopkins University Press, USA, 1996.
- HART, H.L..A., *Law, liberty and morality*, Ed.Vintage, USA, 1963.
- HART, H.L.A., *The concept of law*, Ed. Clarendon, Oxford, Great Britain, 1988.
- HINDE, Robert A., *Why good is good. The sources of morality*, Ed.Routledge, USA, 2002.
- HORST, Steven, *Law, mind and free will*, Ed. MIT press, USA, 2011.
- JOYCE, Richard, *The evolution of morality*, The MIT press, USA, 2006.
- LARMORE, Charles, *The autonomy of morality*, Ed. Cambridge, USA, 2008.
- MACKIE, J.L., *Ethics. Inventing the right and wrong*, Ed. Penguin, USA, 1990.
- MARIS, C.W. - JACOBS, F.C.L.M. (eds.), *Law, Order and Freedom*, Law and Philosophy 353, Library 94, DOI 10.1007/978-94-007-1457-1_10, C, Ed. Springer Science+Business Media B.V. 2011.
- NINO, Carlos S.,“El principio de autonomía de la persona”, en *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.
- NOHLEN, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, Ed. UNAM, México, 2003.
- PANICHAS, George, *Sex, morality and the law*, Ed. Routledge, Great Britain, 1997.
- PERRY, Michael J., *Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court*, Ed. Cambridge, USA, 2009.
- POLLOCK, Joycelyn M., *Ethical dilemmas and decisions in criminal justice*, Ed. Wadsworth, USA, 2007.
- RAWLS, John, *Liberalism political*, Ed. Harvard, Cambridge, 1996.
- RAZ, Joseph, *The morality of freedom*, Ed. Oxford, New York, 1988.
- SCANLON, T.M., *The difficulty of tolerance*, Ed. Cambridge, USA, 2008.
- SCHEB, John M., *Criminal Law*, Ed. Wadsworth, USA, 2009,

SCHOECK, Helmut, *Diccionario de sociología*, Ed. Herder, Barcelona, 1981.

SCRUTON, Roger, *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought*, USA, 2007.

SUNDARA RAJAN, Mira, *Moral rights*, Ed. Oxford, USA, 2011.

VÁZQUEZ, RODOLFO, *Corte, jueves y política*, Ed. Fontamara, México, 2007.

TEDFORD, Thomas L., *Freedom of speech in the United States*, Ed. Strata, USA, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Ed. FCE, México, 1957.

WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Ed. Oxford, USA, 2004.

WILLIAMS, Melissa - WALDRON, Jeremy, *Toleration and its limits*, Ed. New York University press, New York, 2008.

WINDLESHAM, Lord, *Politics, punishment and populism*, Ed. Oxford, USA, 1998.

Diccionario

Black's Law, Ed. West, USA, 2009.

Recursos electrónicos

- 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://ciberconta.unizar.es/leccion/sociodic/tododic.pdf>