



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho
Abogacía

Trabajo de Graduación

**Las consecuencias de actuar sin el paraguas de la ley: análisis sobre la
justificabilidad de excepcionar una regla**

Autora: Agustina Murchison

Legajo: 29112

Director de tesis: Martín Farrell

Buenos Aires, diciembre de 2022

*A Martín, Ricardo y Carlos, por despertar en mí una curiosidad que desconocía,
a Nadia y Florencia por ayudarme a saltar hacia lo que quería,
a mis papás por su apoyo incondicional y sus valores.*



Universidad de
San Andrés
San Andrés

Resumen:

Debido a que vivimos en un mundo multicultural, hay diversos puntos de vista sobre cómo lograr coordinación entre los integrantes de una sociedad. En un contexto de Estado de derecho, cuestionarse qué es lo que implica que algo sea legal posee algunas indeterminaciones, por ejemplo, ¿si es legal, es correcto? ¿Qué significa que algo sea correcto? Esta tesis incursiona en diferentes perspectivas sobre el concepto de lo correcto y lo legal con el fin de examinar cómo actuar cuando estos dos conceptos se contraponen. En esta contraposición podemos encontrar cuatro situaciones paradigmáticas donde un individuo se aparta de la ley y, en estas circunstancias nos preguntamos ¿cuándo es justificable excepcionar una regla?

La finalidad de este trabajo es exponer y debatir las dificultades a las que puede enfrentarse un individuo cuando la ley establece un camino a seguir y lo que él considera correcto, otro, diferente.



Universidad de
San Andrés

Índice:

I.	Introducción.....	4
II.	Análisis crítico de la moral y la ley.....	7
	A. Objetividad y subjetividad moral.....	7
	B. Cómo actuar.....	8
	C. ¿Si es legal, es correcto?.....	10
III.	Acciones que se sujetan a dictados legales y sus posibles contradicciones y afectaciones por la moral	14
IV.	Análisis crítico sobre autores que abordan la legalidad y la moralidad contrapuestas.....	20
V.	Conclusión y contribución personal sobre cuándo está justificado excepcionar una regla.....	28
VI.	Bibliografía.....	31



I. Introducción

Las razones por las cuales uno puede decidir estudiar Derecho varían y se superponen. Puede ser una imposición familiar, una pasión por la ley, una búsqueda de aquello que es justo, el deseo de negociar y argumentar, entre muchas otras. La mía, indiscutiblemente, fue mi interés por lo correcto y el entendimiento de en qué medida el derecho recoge lo correcto e incorrecto. Durante la infancia y adolescencia solemos utilizar las normas de nuestros padres, tutores y profesores o las del colegio, el club o la iglesia, dependiendo de qué clase de crianza obtuvimos. Sin embargo, eventualmente nos podemos enfrentar a situaciones en las que creemos que algunas normas no deberían aplicarse, en otras palabras, desarrollamos una capacidad crítica que nos hace cuestionar el sistema al que respetamos y la confianza ciega puede ser disputada. Como una persona que se siente cómoda y protegida siguiendo las reglas, este cuestionamiento despertó en mí una curiosidad que me llevó a infinitos debates con profesores, compañeros, familiares y derivó en la redacción del presente escrito.

Las discusiones sobre la legitimidad de las reglas, por qué el derecho importa y por qué debemos respetarlo son de gran relevancia para justificar el respeto de la ley. La razón por la cual se aplican castigos es porque como sociedad buscamos un fin y nuestras reglas delinean el medio para lograrlo; por lo tanto, si un individuo se aparta de la regla será castigado por estar alejado del fin que la comunidad ha adoptado y, a la vez, como desincentivo a que él u otros lo vuelvan a hacer. Sin embargo, el acatamiento de las reglas no siempre resulta en el fin que desea la sociedad¹ y estos son los casos que serán analizados en el presente escrito. ¿Cuándo es justificable excepcionar una regla? El apartamiento de las reglas puede estar fundado en diferentes razones y en esta ocasión podemos destacar cuatro situaciones en las que esto ocurre.

En primer lugar, se puede dar una situación en la que una acción busque alcanzar el fin que establece la ley pero que utilice un medio diferente de la que ésta delinea. La única razón por la cual se estaría adoptando un camino diferente es porque nos encontramos frente a un caso excepcional y, como sostiene Harel, “las excepciones son un caso del tipo al que se aplica la regla, pero que no está comprendido por la regla”². Entonces, el individuo se aleja de la ley

¹ O al menos no siempre resulta en el fin que todos los miembros de la sociedad desean.

² Harel, Alon. *¿Por qué el derecho importa?* Traducido por Mariano Vitetta. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, 2018, 126.

porque su juicio individual le indica que el fin que busca la norma puede ser alcanzado si se aparta de ella (de ahora en más denominaremos esta situación “caso 1”).

En segundo lugar, puede suceder que aunque un individuo sea parte de una comunidad, él no se encuentre de acuerdo con los fines que esta persigue por motivos considerados razonables. En este caso, los criterios de éxito no son compartidos y la persona no está de acuerdo con lo que el fin colectivo dicta para él. La persona en este caso no busca que las normas cambien para todo el mundo, simplemente se limita a no querer practicarlas él mismo toda vez que no haya una afectación a terceros (de ahora en más denominaremos esta situación “caso 2”).

En tercer lugar, es posible que un individuo con la intención de seguir una norma, no lo logre. En esta circunstancia, su lógica individual coincide con los medios y con los fines que la comunidad ha establecido, pero su accionar se aparta de la ley debido a un error (de ahora en más denominaremos esta situación “caso 3”).

En cuarto lugar, puede ocurrir que un individuo, bajo su lógica personal, crea que los fines que persigue la comunidad son malos y quiera que la comunidad se aparte de ellos (de ahora en más denominaremos esta situación “caso 4”).

Como hemos delineado hasta aquí, apartarse de la ley no es siempre un simple capricho ni un acto egoísta. En este escrito nos planteamos cómo actuar en los casos en los que el acatamiento de las reglas no resulta en el fin que desea la sociedad y cuáles son las consecuencias, para cada caso, de no encontrarse bajo el paraguas de la ley.

A los efectos de responder los interrogantes planteados, estudiaremos las teorías de decisión utilitaristas y deontológicas a través de autores como Kelly, Mill, Harrison, Hart, Dworkin, Condorcet y Laplace, entre otros. Una vez explicadas las características de estas perspectivas, procederemos a desarrollar las diferentes situaciones en las que un individuo se aparta de la ley teniendo en cuenta sus motivaciones y fines. Luego, investigaremos la visión tanto de Korsgaard como de Harel sobre cómo abordar las consecuencias de apartarse de lo que dicta la ley. De este modo, el presente trabajo pretende significar una contribución al debate sobre cómo actuar cuando la moral, la ley y las consecuencias que éstas buscan, no se encuentran alineadas y, por lo tanto, se debe priorizar el acatamiento de la ley o la búsqueda del fin que

esta propone de forma alternativa. Dicha contribución permitirá echar luz sobre determinados aspectos de la problemática general y se espera que pueda servir a organismos jurisdiccionales a la hora de tomar decisiones.



Universidad de
San Andrés
San Andrés

II. Análisis crítico de la moral y la ley

Discernir lo correcto de lo incorrecto es un deber que en todas las disciplinas ha sido de gran controversia. Sin embargo, el foco de análisis en esta ocasión es el derecho y, consecuentemente, la filosofía. Intentar definir lo correcto es una tarea semejante a la de definir el amor, hay infinitas formas de hacerlo y diversas clases de vínculos que pueden ser definidos. Por esta razón analizaremos algunos de los puntos explicados por diversos escritores con el fin de entender qué se está debatiendo cuando uno analiza qué es lo correcto.

Objetividad y subjetividad moral

Resulta necesario incurrir en la pregunta ¿existe tal cosa como un actuar correcto y uno incorrecto? Para comenzar a responder esta pregunta podemos realizar una división entre el plano moral y el plano legal. Sobre la moral, es posible definirla como aquello perteneciente a los actos de las personas en cuanto a su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y colectiva³. De todas formas, parecen existir en la sociedad diferentes maneras de concebir aquello que es bueno y malo. Algunos alegan que la moral se encuentra delimitada por la religión, otros por costumbres de la misma sociedad y, como estas, hay muchas otras perspectivas. En definitiva, encontramos que existe un gran desacuerdo sobre qué es y cómo está compuesta la moral. Podemos encontrar quienes creen que lo moral tiene carácter objetivo y quienes se oponen y sostienen que lo moral es subjetivo. Si nos retrotraemos a la filosofía griega⁴, Sócrates y Platón intentaban sustentar verdades en la moral defendiendo su objetividad mientras que Protágoras y los escépticos griegos afirmaban que la moral no poseía verdades sino que la moral y la verdad serían definidas acorde a la opinión de cada individuo y comunidad en particular.

En filosofía más contemporánea, el debate sobre la objetividad moral continúa. Moore, por ejemplo, sostiene una mirada subjetiva de la moral y concibe a aquello bueno como algo que

³ Real Academia Española. Moral. En Diccionario de la lengua española. s.. f. Accedido el 10 de noviembre de 2022 en: <https://dle.rae.es/moral>

⁴ Ramírez Avilés, Eiffel Eduardo. “El concepto de objetividad en la filosofía moral de Ronald Dworkin”. Universidad del Perú, 2021. Accedido el 8 de diciembre de 2022 en: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/17548/Ramirez_ae.pdf?sequence=1&isAllowed=y

no puede ser analizado y que, por lo tanto, “es indefinible del mismo modo que el amarillo es simple e indefinible”⁵. Según Bentham, “[c]ualquier teoría que se base en criterios abstractos como "sentido común", "comprensión", "regla del derecho", "razón correcta" y "doctrinas de elección" son (...) completamente (...) inútiles para el fin de entender el sentido moral ya que carecen de un criterio externo u objetivo”⁶. Por esta razón, él acude a buscar un método para que la moral resulte objetiva ya que no poder determinar el sentido moral a través de un criterio objetivo, en su opinión, lleva a consecuencias anárquicas en donde el bien o aquello correcto es lo que el individuo diga que son.

Cómo actuar

Al haber incursionado en el carácter objetivo y subjetivo de lo correcto, importa preguntarnos ¿cómo debemos actuar los individuos? Podemos encontrar dos teorías dominantes que apuntan a introducir una forma de actuar a partir de la moral: el utilitarismo y el deontologismo. Cada teoría puede ser interpretada con variantes dependiendo de cada autor pero a lo que respecta de este escrito, no ahondaremos en las particularidades de las teorías sino en su generalidad.

Por un lado, el utilitarismo es la “doctrina moderna que considera la utilidad como principio de la moral”⁷. Bentham, conocido como padre del utilitarismo, cree que si adoptamos el parámetro que propone el principio de utilidad para distinguir aquello que es bueno y moral, entonces estos conceptos pueden devenir objetivos y establecer que “es la mayor felicidad del mayor número la que es la medida del bien y del mal”⁸. Como mencionamos anteriormente, Bentham cree que no poder determinar un criterio moral a través de lo objetivo lleva a consecuencias anárquicas y por esta razón adopta el principio de utilidad y define lo moral en base a las consecuencias de los actos. Kelly define el principio de utilidad con más precisión y sostiene que es aquel que “aprueba o desaprueba toda acción, cualquiera que sea, según la

⁵ Traducción realizada por mi: “Good, however, cannot be analyzed and is, therefore, indefinable in the same way as yellow is simple and indefinable”. Kelly, Paul Joseph. *Utilitarianism and distributive justice: Jeremy Bentham and the civil law*. Oxford : Clarendon Press ; New York: Oxford University Press, 1990, 48.

⁶ Traducción realizada por mi: “In the absence of an external criterion, the individual can only rely on his own persuasion that he is one of the elect and merely being of the persuasion that one belongs to the elect.”. Kelly, *Utilitarianism and distributive justice*, 54.

⁷ Real Academia Española. Utilitarismo. En Diccionario de la lengua española. s.. f. Accedido el 10 de noviembre de 2022 en: <https://dle.rae.es/utilitarismo#FwXpP6V>

⁸ Traducción realizada por mi: “it is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong”. Kelly, *Utilitarianism and distributive justice*, 50.

tendencia que parezca tener a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en cuestión”⁹. De esta manera no se detiene exclusivamente en los resultados que genera una acción, sino en los que parezca que va a tener. Harrison, por su parte, explica que de acuerdo al utilitarismo hay dos premisas, la primera es que “una acción es correcta si no hay ninguna acción dentro del poder del agente que produzca un mayor bien que ella”¹⁰ y, la segunda: “que es mi deber realizar alguna acción correcta u otra”¹¹. Como podemos observar, los grandes defensores del utilitarismo tienen pequeñas variantes en sus definiciones, pero el principio es el mismo: utilidad como principio de la moral.

Por otro lado, el deontologismo es la “parte de la ética que trata de los deberes”¹², utiliza reglas para discernir qué es lo que está bien de lo que está mal. A diferencia del utilitarismo, no se basa en los resultados obtenidos a través de acciones sino en la mera acción independientemente de sus consecuencias, “no pretende prescribir qué debemos hacer, sino cómo debemos obrar y tratar a los demás, cualquiera sean los fines que nosotros nos proponemos en nuestras acciones”¹³. Kant es uno de los autores que sigue esta teoría y según él, las reglas de aquello que es moral son las que resultan universales, debemos “reflexionar sobre la posibilidad de que una máxima se convierta en ley universal (es decir, si sería posible su funcionamiento como regla universal)”¹⁴ para determinar si una acción es moral. La lógica de la teoría deontológica también es utilizada por religiones, por ejemplo, el cristianismo define aquello que es correcto de lo que es incorrecto en referencia a los mandamientos de Jesús en la Biblia y en base a su actuar y sus enseñanzas. Lo que es correcto o incorrecto es aquello que establece Jesús en imagen y semejanza de Dios. Independientemente de cómo identificamos las reglas que debemos seguir, según la teoría deontológica la objetividad moral se encuentra en el seguimiento de reglas, lo correcto es seguir las reglas y los deberes.

⁹ Kelly, *Utilitarianism and distributive justice*, 44.

¹⁰ Harrison, Jonathan. *Utilitarianism, Universalisation, and Our Duty to Be Just*. Vol. 53, *Proceedings of the Aristotelian Society*. Oxford University Press on behalf of The Aristotelian Society, s. f. Accedido el 16 de septiembre de 2022 en: <https://www.jstor.org/stable/4544513> , 105.

¹¹ Harrison, *Utilitarianism, Universalisation, and Our Duty to Be Just*, 105.

¹² Real Academia Española. Deontologismo. En Diccionario de la lengua española. s. f. Accedido el 10 de noviembre de 2022 en: <https://dle.rae.es/deontolog%C3%ADa?m=form>

¹³ De Zan, Julio. “Universalismo y particularismo en la ética de Kant”, 2005. Accedido el 10 de noviembre de 2022 en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1666-485X2005000100004&lng=es&nrm=iso. ISSN 1666-485X.

¹⁴ De Zan, “Universalismo y particularismo en la ética de Kant”.

Sin embargo, se le pueden realizar diversas críticas a ambas teorías. Una crítica a la que el parámetro de utilidad se encuentra acostumbrado a recibir es el carácter de incierto que tiene dicho estándar. Aquello que es útil, aquello que es bueno, malo, feliz o merecido son adjetivos completamente subjetivos y dependientes de la interpretación humana que difiere, o tiene la capacidad de diferir, entre persona y persona. Esta crítica pone en riesgo la garantía de seguridad que queda a tela de juicio de una opinión capaz de variar¹⁵. ¿Dónde podemos establecer el parámetro de lo útil?¹⁶ Una crítica similar puede ser realizada hacia el deontologismo: los parámetros que se utilizan para definir las reglas a seguir pueden resultar inciertos. Independientemente de si se utiliza el principio de universalidad de Kant o las premisas establecidas por la Biblia, ambos pueden estar sujetos a cierta indefinición. En el caso de Kant, puede darse la situación de que un acto resulte universalizable según el punto de vista de algunos, pero no de otros o, en el caso del cristianismo puede interpretarse un mandamiento o una enseñanza de Jesús de forma diferente. De hecho, dentro de la iglesia como institución, hay discrepancias sobre qué es lo que establece la Biblia sobre algunas temáticas.

En suma, podemos decir que tanto el deontologismo como el utilitarismo buscan devenir objetiva la moral. El utilitarismo lo hace a través del principio de utilidad que apunta a maximizar la felicidad del mayor número mientras que el deontologismo opta por definir lo moral a través de la formulación y aplicación de reglas. De todas formas, ninguna de las teorías logra eliminar por completo la subjetividad ya que esta sigue presente al determinar conceptos como lo útil o universal e interpretaciones sobre actos o escritos. Debido a la sociedad pluralista y multicultural en la que vivimos, estas pequeñas indefiniciones pueden llevar a obtener concepciones sobre qué es lo correcto completamente contrarias.

¿Si es legal, es correcto?

Como hemos explicado en los párrafos anteriores, si bien el utilitarismo y el deontologismo buscan establecer aquello que es correcto desde un punto de vista objetivo, estas teorías tienen indefiniciones que pueden dar lugar a concepciones subjetivas sobre qué es lo correcto.

¹⁵ Mill, John Stuart y Jeremy Bentham. *The Utilitarians : An introduction to the principles of morals and legislation*. Garden City, N.Y.: Anchor Books, 1973, 460.

¹⁶ De este modo, podemos observar ambos rasgos del utilitarismo: un rasgo objetivo y uno subjetivo. El principio supremo “maximizar la felicidad general” es objetivo, pero la felicidad consiste en la satisfacción de las preferencias, y los utilitaristas aceptan que las preferencias son subjetivas.

Para vivir en sociedad, es necesario establecer una manera de actuar coordinadamente, por lo tanto resultaría problemático adoptar como premisa de una comunidad el principio de utilidad, el principio universal de Kant o las premisas religiosas del cristianismo. En el caso del utilitarismo, tener que decidir a cada momento qué acto va a generar un mayor bienestar en la sociedad resulta una tarea ardua y cercana a imposible. En cuanto al deontologismo, la premisa de seguir reglas sería apropiada (de hecho es lo que hacemos al seguir leyes), pero no lo sería imponer seguir máximas universalizables (debido a la indefinición de ellas) ni seguir la moral cristiana (ya que esta no tendría legitimidad para todos los miembros de la comunidad). Lograr establecer qué es lo correcto moralmente desde un punto de vista objetivo sería establecer qué es lo correcto unánimemente. Hacer esto debido a la diversidad de nuestra sociedad, es imposible. En este marco, es necesario establecer el foco en el plano legal.

Todos los días, ya sea de forma consciente o inconsciente, seguimos leyes. Lo que a este apartado importa es hasta qué punto seguir una ley significa estar actuando moralmente (correctamente). En otras palabras, ¿si es legal, es correcto? Sobre esta temática Mill, Hart, Dworkin, Condorcet y Laplace tienen diferentes puntos de vista.

En primer lugar, Mill argumenta que (...), los griegos y los romanos, aceptaban el hecho de que las leyes siempre fueron hechas por los humanos y que, por lo tanto, podían ser malas leyes, en otras palabras, imperfectas. De esta manera, Mill abre la puerta a que la validez de las leyes pueda ser cuestionada, su autoridad y legitimidad queda expuesta a una prueba en contrario y de esta forma no se atribuye la injusticia a la privación de aquello que establece una ley, sino a la privación de aquellas leyes que “deberían existir”¹⁷. Mill no cree que seguir las leyes sea la forma más efectiva de llegar al resultado correcto. Mill, abre la puerta a la posibilidad de poner en tela de juicio que el incumplimiento de una ley no signifique un acto injusto. Según Mill, la única razón con la que se puede justificar por qué una ley debería existir es la utilidad general¹⁸. En otras palabras, si es legal, esto no significa que sea correcto.

En segundo lugar, Hart indica que el derecho “es moralmente neutro y sus objetivos no buscan justificar ni recomendar, con base en un fundamento moral o de otra índole, las

¹⁷ Mill y Bentham, *The Utilitarians : An introduction to the principles of morals and legislation*, 452.

¹⁸ Mill y Bentham, *The Utilitarians : An introduction to the principles of morals and legislation*, 459.

formas y estructuras que aparecen en la descripción general (...) del Derecho”¹⁹. La teoría que expone Hart no tiene otro propósito que proveer una guía para el comportamiento humano y formas de crítica para dicho comportamiento independientemente del sistema o cultura jurídica en la que se halla. Hart deja de lado cualquier implicancia moral en su criterio y se dedica al complejo deber de delimitar la institución social y política del Derecho. Según el autor, “los derechos y deberes jurídicos son el punto en que el Derecho, junto con sus recursos coercitivos protege y restringe la libertad individual, y confiere o niega a las personas el poder de utilizar la maquinaria coercitiva del Derecho”²⁰. Independientemente de que las leyes sean moralmente buenas y justas o malas e injustas, el derecho es de suprema importancia para proteger la libertad de la sociedad ante la coerción y opresión al conceder a los individuos la capacidad de decisión. “Al certificar que algo es jurídicamente válido (...) sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral”²¹. Aún cuando una norma sea legalmente reconocida, deberá pasar un examen alternativo para constatar su moralidad. Su carácter de legalidad no asegura que la ley sea moral.

En tercer lugar, para Dworkin “la verdad de cualquier proposición jurídica depende, en última instancia, de la verdad de un juicio moral acerca de qué lo justifica mejor y, puesto que para él los juicios morales son esencialmente controvertibles, lo mismo sucede con las proposiciones jurídicas”²². La idea central del derecho, según Dworkin, cae en identificar los principios morales que mejor se adaptan al sistema jurídico y que proveen justificación moral para estos principios. Dworkin cree que la ley es moral y que existe una moral común necesaria para que una sociedad permanezca unida.

En cuarto lugar, Condorcet y Laplace²³ optan por una teoría de probabilidad que confirma lo que el simple sentido común nos dicta: como la gente acierta más de lo que se equivoca, si la mayoría de la gente dice “X”, es más probable que “X” sea correcto. Por lo tanto, una decisión democrática tiene más probabilidades de ser correcta que la opinión (sin mayoría) de un individuo. Entonces, al realizar normas de forma democrática, las normas no necesariamente son morales, pero debido al proceso por el que fueron creadas, probablemente lo sean.

¹⁹ Rodríguez, César. *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores, 1997, 92.

²⁰ Rodríguez, *La decisión judicial*, 131.

²¹ Hart, *El Concepto de Derecho*, 260.

²² Rodríguez, *La decisión judicial*, 92.

²³ López Zafra, Juan Manuel. "Justicia y Probabilidad en la Francia de la Revolución: Las posturas de Condorcet, Laplace y Poisson". CUNEF, s. f.

En suma, Dworkin considera que si algo es legal, es moral. Esta teoría, se encuentra con grandes dificultades cuando entendemos que no podemos ponernos unánimemente de acuerdo sobre aquello que es la moral. Tener una indeterminación sobre qué es la moral sería entonces tener una indeterminación sobre qué es legal y esto crearía inseguridad jurídica. Mill, Hart, Condorcet y Laplace, en contraposición, consideran que el hecho de que algo sea legal no significa que sea moralmente correcto. Por un lado, Mill necesita del principio de utilidad para definir lo correcto, independientemente de lo que diga la ley. Por otro lado, Hart establece el foco en el proceso mediante el cual se establece una norma y el respeto de las libertades de los sujetos. Condorcet y Laplace, por su parte, no indagan en la moralidad de lo legal, pero creen que las decisiones de las mayorías y por lo tanto de la democracia tienen más probabilidades de ser correctas.

Este escrito tiene el objetivo de analizar las diferentes situaciones en las que un individuo se aparta de la ley teniendo en cuenta sus motivaciones y fines y las consecuencias a las que estos actos llevan. Para lograrlo, era necesario desdoblarse el plano moral del legal y asentar dos premisas:

1. Tanto la moral subjetiva como la objetiva son imposibles de ser esclarecidas unificadamente. La moral subjetiva depende de cada sujeto y la objetiva requiere unanimidad en una sociedad (imposible de obtener).
2. Hay una forma de respetar a todos los individuos con igualdad a través de un voto y, al mismo tiempo, hacer lo que con mayor probabilidad sea lo correcto: la democracia. Si una mayoría de individuos toma una decisión con respecto a un actuar, es probable que esa decisión sea correcta.

III. Acciones que se sujetan a dictados legales y sus posibles contradicciones y afectaciones por la moral

En el apartado anterior asentamos que las leyes no necesariamente son morales, pero siguiendo la filosofía de Condorcet y Laplace, seguir normas elegidas democráticamente lleva a una mayor probabilidad de actuar correctamente. A pesar de esto, hay situaciones en las que, por diferentes motivos, los individuos rompen con la ley. ¿Cuándo es justificable excepcionar una regla? El apartamiento de las reglas puede estar fundado en diferentes razones, evaluaremos los motivos de este actuar en las cuatro situaciones presentadas en el apartado de la introducción.

En el caso 1, el individuo o grupo de individuos que se apartan de la ley lo hacen porque, si bien consideran que el fin que busca alcanzar dicha norma es correcto, creen que en el caso en particular el medio que indica la norma para alcanzar el fin no es el indicado para lograrlo. Como explica el jurista Stammmler el problema es que “es imposible agotar con el instrumento de la elaboración técnica de proposiciones jurídicas el universo de posibilidades de cuestiones jurídicas que se pueden plantear en un momento determinado”²⁴. Las normas no se hacen para cada caso en concreto y por esta razón una ley inevitablemente va a abarcar situaciones que no debería y, a la vez, va a dejar fuera de su alcance circunstancias que deberían ser alcanzadas por ella. Cuando una norma es más abarcativa de lo que debería nos encontramos frente a una excepción, según Harel “las excepciones son un caso del tipo al que se aplica la regla, pero que no está comprendido por la regla”²⁵. Entonces, en el caso 1, el individuo se aleja de la ley porque su juicio individual le indica que el fin que busca la norma puede ser alcanzado si se aparta de ella, pero no si la respeta.

A modo de ejemplificar esta situación, podemos tomar como ejemplo el caso del vuelo 1549 de US Airways²⁶. El vuelo de US Airways despegó el 15 de enero de 2009 del aeropuerto La Guardia con dirección a Carolina del Norte, sin embargo, dos minutos después del despegue, el avión sufrió un impacto contra una bandada de gansos. El piloto, Sullenberger, con más de

²⁴ Pazos Crocitto, José Ignacio. "Lagunas jurídicas: una nueva reflexión sobre un problema jurídico recurrente". *Revista Jurídica AMFJN*, s. f.

²⁵ Harel, Alon. *¿Por qué el derecho importa?* Traducido por Mariano Vitetta. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, 2018, 126.

²⁶ Firpo, Javier. "Sully, el piloto que hace 10 años sacó de la galera una "locura" aérea que salvó 155 vidas". *Clarín*. Accedido el 8 de diciembre de 2022 en: https://www.clarin.com/sociedad/sully-piloto-hace-10-anos-saco-galera-locura-aerea-salvo-155-vidas_0_fQf4y9ojW.html?gclid=CjwKCAiA-dCcBhBQEiwAeWidtb8hBAtp79IKepf4LYPh6vObqffo_nJkFisGp1pzwFuskSZ-F_7oVRoCIK8QAvD_BwE.

tres décadas de experiencia, sintió que ambos motores fallaron y que no contaba con ninguno de ellos, sin embargo, la computadora del avión indicaba que uno de los motores seguía funcionando. El avión se encontraba volando a una baja altura en la ciudad de Nueva York, habitada por alrededor de ocho mil millones de habitantes y los rascacielos más altos del mundo.

Ante una situación de emergencia como en la que se encontraba Sullenberger existen protocolos a seguir que dependen de la empresa fabricante del avión, la empresa que vuela y normas tanto nacionales como internacionales. Además, el protocolo a seguir también era diferente para un avión que tenía un motor funcionando que para uno que poseía ambos averiados. El protocolo de una situación en donde un motor de la aeronave funcionaba le hubiera exigido al piloto que mantenga la velocidad y que busque un lugar seguro para aterrizar como por ejemplo un aeropuerto. Por otra parte, el protocolo de la situación de no poseer ningún motor tiene menos indicaciones ya que sin capacidad de propulsión resulta dificultoso establecerlas.

Sullenberger debió tomar una decisión en 208 segundos y tenía dos opciones: la primera opción era intentar aterrizar la aeronave en el aeropuerto más cercano, generalmente esto es lo que hacen los pilotos en situaciones de emergencia ya que en los aeropuertos hay servicios de emergencia disponibles y aterrizar en otras superficies resulta extremadamente arriesgado. Con un motor funcionando (como indicaba la computadora) Sullenberger hubiera podido realizar el aterrizaje. La segunda opción que contempló Sullenberger era aterrizar en el río Hudson, nunca en la historia habían sobrevivido todos los pasajeros de un aterrizaje acuático. Sullenberger, tenía la certeza de que el avión no contaba con ningún motor, de haber tenido un motor, lo que el protocolo hubiera exigido era que vuelva al aeropuerto, sin embargo, sin motores esto era demasiado dificultoso y el protocolo no contenía este tipo de exigencias. La disyuntiva a la que se enfrentó Sullenberger era la siguiente: confiar en su experiencia y su “cálculo a ojo”²⁷ que le indicaban que no tenía ningún motor y aterrizar en el Hudson o, alternativamente, confiar en la computadora del avión y seguir el protocolo que ésta misma le indicaba: volver al aeropuerto más cercano. Sullenberger optó por aterrizar en el río Hudson.

El aterrizaje fue denominado “milagro en el Hudson”, no se perdió ni una sola vida de este suceso que podría haber terminado en una catástrofe. Sullenberger fue percibido por el mundo como un héroe tras este hecho e incluso “fue condecorado con la Master's Medal of

²⁷ Así lo describe el piloto.

Air Pilots and Air Navigators”²⁸, fue agasajado por Bush, Obama y también recibió “las llaves de Nueva York” por parte del alcalde Bloomberg.

A pesar de esto, se llevó a cabo una investigación que buscaba dictaminar si Sullenberger realmente condujo de manera correcta la emergencia, después de todo había desestimado lo que la computadora le indicaba y había actuado en contra del protocolo correspondiente a lo que le era indicado. El piloto de Austral y especialista en accidentes aeronáuticos Casasola dijo: “[c]uando me enteré de que se estaba investigando al piloto me indigné, porque sólo él sabe lo que se vivió allá arriba, sólo él fue capaz de amerizar 60 toneladas de hierro... y que se lo estuviera acosando a preguntas como si fuera un delincuente me resultó insultante”²⁹. Sin embargo, Sullenberger es un héroe porque su intuición era correcta, pero sería un villano si no lo hubiera sido.

Se llevaron a cabo simuladores de vuelo y finalmente se dictaminó que Sullenberger había tomado la decisión correcta³⁰ y que efectivamente ninguno de los dos motores funcionaba. Sullenberger se corrió de las normas de aviación, siguió su instinto en una situación en la que poseía más de 30 años de experiencia y salvó a 155 personas. Legalmente su decisión era incorrecta, sin embargo, moralmente, es hasta el día de la fecha un héroe. Pero es inevitable preguntarnos ¿qué hubiera pasado si Sullenberger fallaba al apartarse de la ley? Asumiendo que Sullenberger sobrevivía pero el resto de los pasajeros no, ¿se tendría que condenar a prisión al piloto solamente por el resultado de sus actos? ¿Sullenberger es un héroe solo porque el resultado fue positivo? ¿Hasta dónde lo ampararía la ley si algo hubiera salido mal en el aterrizaje? Estas preguntas son a las que nos dedicaremos en el próximo apartado.

En el caso 2, lo que sucede es que un individuo no se encuentra de acuerdo con los fines que persiguen las normas. Como explicamos previamente, si una mayoría de individuos toma una decisión con respecto a un actuar habiendo deliberado sobre la temática, es probable que esa decisión sea correcta. Sin embargo, puede suceder que a pesar de que una mayoría haya seleccionado medios y fines para perseguir, el individuo tenga motivos razonables, como por ejemplo religiosos, para querer apartarse de la norma. En este caso, los medios y fines que eligió la mayoría no son compartidos y la persona no está de acuerdo con lo que el fin

²⁸ Firpo, "Sully, el piloto que hace 10 años sacó de la galera una "locura" aérea que salvó 155 vidas".

²⁹ Firpo, "Sully, el piloto que hace 10 años sacó de la galera una "locura" aérea que salvó 155 vidas".

³⁰ Colaboradores de Wikipedia, "Vuelo 1549 de US Airways", Wikipedia, La enciclopedia libre. Accedido el 8 de diciembre de 2022 en: https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Vuelo_1549_de_US_Airways&oldid=146951142.

colectivo dicta para él. Esta situación se da en los casos donde el individuo no busca que las normas cambien para todo el mundo, simplemente se limita a no querer practicarlas él mismo toda vez que no haya una afectación a terceros.

Un ejemplo que ilustra los hechos del caso 2 es el fallo Portillo³¹ donde por sorteo nacional Portillo debe presentarse para hacer el servicio militar obligatorio pero su religión aboga por un comportamiento contrario al uso de armas. Por esta razón, Portillo no se presenta al servicio militar e inicia una acción judicial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictamina que Portillo deberá hacer el servicio militar realizando tareas que no conlleven el uso de armas. Portillo no se aparta de la ley, sigue los procedimientos legales correspondientes, pero sí logra que la ley que, a priori, se le debía aplicar, sea dejada de lado (o mejor dicho, se adapte) por su caso particular debido a motivos razonables en su religión y, al no afectar a terceros. Esto es avalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este tipo de casos no serán analizados con mayor profundidad en el presente escrito ya que no interfieren con la vida de terceros y, además, han sido justificados desde un punto de vista legal en instituciones de legitimidad democrática por lo que podríamos afirmar que legalmente se justifican y moralmente también, debido a la libertad de pensamiento y religión.

En el caso 3, la razón por la cual un individuo se aparta de la ley no tiene que ver con una razón moral o religiosa ni tampoco con una excepción, sino con un error. En la subjetividad del individuo, él acepta y busca respetar los medios y los fines que la comunidad ha establecido, pero su accionar se aparta de la ley debido a un error. Un ejemplo de esta situación puede ser el caso en el que un individuo maneja por una avenida a 70 kilómetros por hora cuando la máxima velocidad permitida es de 60 kilómetros por hora. El individuo venía pensando en un problema personal y por esta razón no miró el velocímetro de su vehículo. En esta circunstancia, el individuo se encuentra de acuerdo con los fines y medios que reglamentan el tránsito, sin embargo por su falta de atención incurre en un error al respetarlos. Al igual que el caso 2, este tipo de casos no serán analizados con mayor profundidad en el presente escrito ya que no hay una disyuntiva que importe en esta circunstancia. Legalmente, esta acción es reprochable y moralmente, salvo que se demuestre

³¹ CSJN, “Portillo, Alfredo”.

que el individuo incurrió en un error a pesar de estar actuando prudentemente (que no parece ser el caso del conductor que excede la velocidad de circulación permitida) también lo es.

En el caso 4, puede ocurrir que un individuo, bajo su lógica individual, crea que los fines y por lo tanto los medios que persigue la comunidad son malos y quiera que la comunidad se aparte de ellos. En este caso, a pesar de que una norma sea legítima y democrática, a pesar de que una mayoría de individuos toma una decisión con respecto a un actuar habiendo deliberado sobre la temática y a pesar de que es probable que esa decisión sea correcta, el individuo tiene la convicción de que es errónea. Además, en este tipo de casos, los fines y medios que establece la norma deben tener como objeto un actuar o propósito que despierte suficiente disconformidad al individuo como para hacer algo al respecto. Por ejemplo, si un individuo cree que las normas de tránsito debería permitir circular en avenidas a 80 kilómetros por hora, si bien le puede molestar a la persona que la máxima sea 60, lo más probable es que no le resultará aberrante tener que circular a 60 kilómetros por hora. Por lo tanto, cuando estamos en el caso 4, además de que la persona considere que los fines y medios que persigue la sociedad son incorrectos, le deben parecer relevantemente aberrantes.

A modo de ejemplificar esta situación, podemos tomar el caso de Alemania Nazi. Las normas legisladas, las leyes de Nuremberg, privaban a la población judía de derechos civiles, políticos y económicos, establecieron un sistema de discriminación racial que llevó a expropiación de bienes, la deportación y, finalmente, al holocausto. Hoy en día en Argentina está claro que estas normas son completamente aberrantes y se encuentran en contra de la Constitución Nacional, la norma de mayor jerarquía. Es cuestionable la legitimidad mayoritaria de la institución que legisló las mencionadas leyes, sin embargo, lo que a este escrito le importa discutir es el margen de acción de un individuo que habita en una sociedad donde los fines que son perseguidos son, para él, relevantemente aberrantes. Es necesario aclarar que en esta ocasión nos encontramos analizando la posición de un ciudadano común en la sociedad alemana y no la de un individuo que es parte del funcionamiento del órgano del sistema (ej.: un juez, un guardia, etc.). Legalmente ir en contra de las leyes de Nuremberg en la época de Alemania Nazi no era justificable, incluso derivaba en la privación de la libertad o vida de quien las incumpliera, sin embargo, moralmente, al menos hoy en día, sería completamente justificado. Al igual que en el caso 1, un individuo tiene que tomar la decisión de cómo actuar: ir en contra de una norma (las leyes de Nuremberg) en razón de que sus creencias le indican que seguir la norma es incorrecto o respetar la ley y quedar amparado por

ella a pesar de que esto resulte para él aberrante. En caso de apegarse a la ley, su actuar no sería reprochado, sin embargo si decide apegarse a lo que él moralmente cree correcto, a pesar de aquello que la mayoría a establecido como correcto, estaría yendo en contra de la ley y arriesgándose a las consecuencias (tanto positivas como negativas) que los resultados de sus actos pueden conllevar.

En suma, se han delineado cuatro casos en los que un individuo se aparta de la ley, el caso 2 y el caso 3, por no tratar con disyuntivas que despierten un debate significativo para el presente escrito, serán dejados de lado. En cuanto al caso 1 y 4, se debatirá en el próximo apartado la pregunta: ¿en estos casos es justificable excepcionar una regla?



IV. Análisis crítico sobre autores que abordan la legalidad y la moralidad contrapuestas

Como explicamos en el apartado anterior, interesa a este escrito preguntarse sobre los casos 1 y 4: ¿es justificable excepcionar una regla? Para ello, indagaremos en las concepciones de Harel y Korsgaard.

Harel

Alon Harel, un filósofo y jurista israelí, presenta su propia teoría sobre cómo actuar en situaciones donde el medio adoptado no resulta idóneo para alcanzar el fin. Como mencionamos en el primer apartado, al momento de tomar decisiones podemos encontrarnos con pensamientos consecuencialistas o deontologistas (entre otros). Harel introduce una posición situada entre ambas: el “deontologismo de umbral” sostiene que “las restricciones deontológicas se aplican en tanto la atrocidad de las consecuencias se mantenga debajo de cierto nivel. Alcanzado ese umbral, deberían aplicarse consideraciones consecuencialistas”³².

Aunque el autor incentiva el acatamiento de normas, abre la ventana a apartarse de ellas: “en los casos extremos las directivas legales no deberían repercutir en el razonamiento del agente. El agente capaz de actuar para evitar una calamidad debe hacerlo con independencia de lo que diga o autorice la ley”³³. Harel afirma que el derecho tiene el deber de orientar a las personas en su conducta al influir en sus reflexiones prácticas, “en su comportamiento, las personas deberían incorporar el derecho en su reflexión práctica y respetar las leyes que se les apliquen”³⁴. Podría argumentarse que sería prudente que la misma ley contemple excepciones para lograr una mayor orientación a los individuos, sin embargo, el autor considera que “la incorporación de la excepción en la ley es incorrecta porque “normaliza” la excepción y corrompe la ley”³⁵. Por lo tanto, en casos extremos o excepcionales, las medidas se deben tomar por necesidad en función del caso en particular específico y no se deben regir por reglas generales³⁶. Los casos extremos, por más que impliquen actuar por fuera de la ley, no significan que de ella se requiera un cambio, se encuentran por definición por fuera de las situaciones normales.

³² Harel, *¿Porqué el derecho importa?*, 116.

³³ Harel, *¿Porqué el derecho importa?*, 122.

³⁴ Harel, *¿Porqué el derecho importa?*, 122.

³⁵ Harel, *¿Porqué el derecho importa?*, 123.

³⁶ Harel, *¿Porqué el derecho importa?*, 125

Una de las críticas emergentes de esta teoría es: ¿cuándo se determina que un caso es extremo? Para Harel, “lo que hace que un caso sea extremo es precisamente la convicción definitiva y común de que respetar las leyes en ese caso sería inaceptable.(...) Las excepciones son un caso del tipo al que se aplica la regla, pero que no está comprendido por la regla”³⁷.

A modo de ejemplificación, derribar un avión puede estar permitido únicamente en circunstancias de necesidad grave, “sin embargo, puede permitirse solo como un acto de necesidad, como un acto realizado estrictamente a partir de la necesidad de las circunstancias y no conforme a las indicaciones de ningún tipo de regla, precedente o autorización”³⁸. Entonces, si bien en circunstancias normales no puede estar legítimamente autorizado el derribo de un avión, la necesidad urgente de salvar vidas en un caso con circunstancias particulares, puede permitirlo³⁹. Para Harel “cuando hay amenaza de una catástrofe, no importa lo que mande la ley ni lo que imponga el soberano: cualquier persona que pueda evitarla debe hacerlo”⁴⁰.

Por un lado, para el caso 1, el individuo se aparta de la ley porque, si bien considera que el fin que busca alcanzar dicha norma es correcto, cree que en el caso en particular el medio que indica la norma para alcanzar el fin no es el indicado para lograrlo. Para Harel apartarse de la norma en este caso estaría justificado si las consecuencias de no apartarse de la ley llevan a cierto nivel de atrocidad. En esta circunstancia, el individuo toma en cuenta las reglas en su reflexión práctica pero al contemplar se trata de un caso que no está comprendido por ellas, toma las acciones necesarias para evitar la catástrofe y entiende que la normativa no le es aplicable. En el caso de Sullenberger, para el piloto, seguir las reglas resultaría en una catástrofe, por lo tanto aplicar el deontologismo de umbral implicaría que se aparte de ellas (tal y como lo hizo) debido al grado de gravedad de las posibles consecuencias (la muerte de todos los individuos en el avión). La acción del piloto en el milagro de Hudson, según el autor bajo análisis, se encontraría justificada.

Por otro lado, para el caso 4, en donde un individuo cree que los fines y los medios que persigue la comunidad son malos y quiere que la comunidad se aparte de ellos es un caso

³⁷ Harel, *¿Porqué el derecho importa?*, 126.

³⁸ Harel, *¿Porqué el derecho importa?*, 130.

³⁹ Harel, *¿Porqué el derecho importa?*, 130.

⁴⁰ Harel, *¿Porqué el derecho importa?*, 132.

diferente al que trata Harel. Harel a pesar de que permite que en el caso 1 una persona pueda apartarse justificadamente de la ley, no deja de ser deontologista, por lo tanto cree que las reglas deben ser acatadas por los individuos siempre que el grado de atrocidad de las consecuencias permanezca debajo de un umbral. Para este caso en particular, para una situación, por ejemplo, como la de Alemania Nazi, donde no se trata de una excepción sino de una desacuerdo completo con los fines que persiguen las normas, Harel no propone una solución, sin embargo, resulta evidente que le preocupan las consecuencias de un nivel de atrocidad como el del caso.

Korsgaard

Korsgaard, una reconocida filósofa estadounidense, se ocupa de preguntas que llegan hasta el hueso de la cuestión: ¿qué sucede con quienes no pueden acatar la ley, no porque les sea menos beneficiosa, sino porque viola por completo su moral? ¿Qué debemos hacer con los “casos en los que una persona juzgue que, por razones morales, debe tomar la justicia por mano propia”⁴¹? ¿Y cuando observamos cómo las leyes que otros acatan, van en contra de lo que nosotros moralmente estamos dispuestos a tolerar? Ella nos revela cómo se deben manejar estas situaciones desde su punto de vista.

Para Korsgaard, es desesperante encontrarse en la situación de la problemática que se evalúa. La ley establece directivas y acatarlas va en contra de todo aquello en lo que creemos, pero no hacerlo significa, dependiendo del caso en particular, el peor de los castigos el sistema proponga. Alternativamente, existe una última salida al paradigma: la revolución. No solamente revolucionarse, sino que revolucionarse y triunfar (en caso de no hacerlo, volveríamos a la situación de castigo).

Según Kant, la alternativa de la revolución no debería ser admitida. “Toda resistencia contra el supremo poder legislativo, toda incitación de los súbditos a expresiones violentas de descontento, todo desafío que estalla en rebeldía, es el crimen más grande y más punible en una república, porque destruye sus mismos cimientos. Esta prohibición es absoluta”⁴². Sin

⁴¹ Traducción realizada por mi: “cases in which she judges that, for moral reasons, she must take the law into her own hands”. Korsgaard, Christine M. *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008, 234.

⁴² Traducción realizada por mi: “all resistance against the supreme legislative power, all incitement of the subjects to violent expressions of discontent, all defiance which breaks out into rebellion, is the greatest and

embargo, a pesar de que la prohibición es absoluta, en caso de que se accione y una revolución triunfe y cree una nueva constitución, “la ilegitimidad de su comienzo y de su éxito no puede librar a los súbditos de estar obligados a aceptar el nuevo orden de cosas como buenos ciudadanos, y no pueden negarse a honrar y obedecer al soberano quien ahora posee la autoridad”⁴³. Entonces, si bien está prohibido iniciar una revolución, si se triunfa en ella, se posee legitimidad por lo tanto lo que está prohibido y resulta ilegítimo, es revolucionarse y fracasar ya que si la revolución triunfa, la legitimidad es concedida.

Aunque esto puede parecer para algunos irracional, Kant fundamenta esta línea de pensamiento. Según él, todos los gobiernos deben ser tomados como legítimos, “las decisiones de cualquier régimen son la voz de la voluntad general de su pueblo; y sus procedimientos para tomar esas decisiones deben considerarse como los que la gente ha acordado”⁴⁴. Esto es así debido a que en la historia de la humanidad, la forma de adquisición en muchas ocasiones ha sido la violencia, guerra e ilegitimidad de los procesos, por lo tanto la actitud que toma Kant es la de asumir que, independientemente de las acciones ilegítimas que se hayan realizado en el pasado, el comportamiento que debemos adoptar se basa en el futuro y por ello, deben ser transacciones legítimas y justas⁴⁵. Por esta razón, “debemos dar por sentado que los gobiernos existentes son representantes legítimos de la voluntad general de los pueblos que se rigen por ellos, como si se originaran en contratos sociales”⁴⁶.

Para Kant es esencial establecer un gobierno legítimo ya que él tiene la convicción de que a pesar de las imperfecciones que pueda tener, mediante él se puede llegar a una aproximación más precisa de una forma perfecta⁴⁷. Según su punto de vista, la idea de justicia se encuentra vinculada con el concepto de seguir procedimientos independientemente del resultado de ellos. Es decir, “la normatividad de estos procedimientos (...) no surge de la

most punishable crime in a commonwealth, for it destroys its very foundations. This prohibition is absolute”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 235.

⁴³ Traducción realizada por mi: “if a revolution has succeeded and a new constitution has been established, the illegitimacy of its beginning and of its success cannot free the subjects from being bound to accept the new order of things as good citizens, and they cannot refuse to honor and obey the suzerain who now possesses the authority”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 236.

⁴⁴ Traducción realizada por mi: “any regime’s decisions are the voice of the general will of its people; and its procedures for making those decisions must be taken to be ones the people have agreed to”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 241.

⁴⁵ Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 244.

⁴⁶ Traducción realizada por mi: “We should take it for granted that the existing governments are legitimate representatives of the general will of the people who are ruled by them, as if they originated in social contracts”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 244.

⁴⁷ Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 246.

eficiencia, la bondad (...), son los propios procedimientos los que confieren normatividad a esos resultados. (...) Y la normatividad de los procedimientos mismos no surge de la calidad de sus resultados sino del hecho de que debemos tener tales procedimientos si queremos forzar una voluntad general”⁴⁸.

Según Korsgaard, es una ley básica de los ciudadanos mientras vivan en un estado de derecho que los juicios tengan fuerza normativa y que el juicio de los individuos no pueda alterarla. “Tu juicio de que una ley es estúpida no excusa la desobediencia; su convicción de que el acusado es culpable no justifica un linchamiento; su creencia de que su candidato es el mejor hombre no es motivo alguno para una toma de posesión”⁴⁹. Korsgaard es determinante sobre la posibilidad de utilizar el juicio individual por sobre las normas colectivas: “si haces lo que se requiere de ti, no eres responsable de las consecuencias. Por otro lado, si haces algo diferente a lo que exige la ley (...), entonces eres responsable de las consecuencias”⁵⁰. Siempre y cuando las normas sean acatadas, no habría nada que reprochar en tal comportamiento, ningún castigo. Si, por otra parte, optamos por apartarnos de aquello que debemos hacer, las consecuencias, tanto positivas como negativas, serán nuestra responsabilidad.

Para Korsgaard, “quien se compromete a iniciar o participar en una revolución debe considerarse responsable de los resultados.”⁵¹ La persona que se rebela, comete esta acción sola y desprotegida del estado de derecho ya que para Korsgaard, al no darse una situación de unanimidad y al no ser posible representar la voluntad del pueblo (ya que sería una designación arbitraria de la representación), quien se rebela no tiene derecho alguno de proclamar la voluntad del pueblo. Como el revolucionario se aparta de su deber de seguir las normas, todas las consecuencias de sus actos le son imputables.

⁴⁸ Traducción realizada por mi: “the normativity of these procedures nevertheless does not spring from the efficiency, goodness, or even the substantive justice of the outcomes they produce. The reverse is true: it is the procedures themselves that confer normativity on those results. (...) And the normativity of the procedures themselves springs not from the quality of their outcomes but rather from the fact that we must have such procedures if we are going to force a general will”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 247.

⁴⁹ Traducción realizada por mi: “Your judgment that a law is stupid does not excuse disobedience; your conviction that the defendant is guilty does not justify a lynching; your belief that your candidate is the better man is no grounds whatever for a takeover”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 248.

⁵⁰ Traducción realizada por mi: “If you do what is required of you, you are not responsible for the consequences”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 253.

⁵¹ Traducción realizada por mi: “someone who undertakes to start or participate in a revolution must regard himself as responsible for the results”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 253.

La justicia es un medio para respetar la humanidad (los derechos y la libertad) y, sin embargo, puede darse la situación en la que incluya prácticas que se encuentran en contra de la humanidad. “Una persona justa respeta los derechos de la humanidad, y por eso respeta al gobierno que los hace efectivos y a la condición jurídica que hace posible su ejercicio. Pero de ninguna manera es obvio que una persona que hace de los derechos de la humanidad su fin nunca, bajo ninguna circunstancia, se opondrá al gobierno existente”⁵². La justicia preserva el derecho y la libertad de los individuos pero es posible que utilizando los procedimientos de justicia, estos mismos fines pueden ser afectados. La justicia no es perfecta. Cuando las agencias de justicia devienen una herramienta para reforzar la injusticia, cuando el propósito de estas mismas instituciones era hacer efectivos derechos humanos, es decir, “cuando la justicia se vuelve contra sí misma”⁵³, la virtud que posee la justicia termina volviéndose contra sí misma también.

Por lo tanto, en pos de respetar la humanidad, una persona virtuosa acepta el deber de la justicia, es decir, respeta la autoridad de la ley, sin embargo, si el respeto a la ley deriva en el apoyo a instituciones que de forma sistemática violan derechos humanos, el individuo con virtud de la justicia no tiene a dónde acudir y se queda “entre la espada y la pared”. Al encontrarse en esta situación, “puede llegar a sentir que no le queda más remedio que tomar los derechos humanos bajo su propia protección y, por lo tanto, tomar la justicia en sus propias manos”⁵⁴.

Para Korsgaard, resulta necesario hacer una distinción entre la justicia imperfecta y la justicia perversa. Un estado de derecho siempre tendrá defectos o imperfecciones, esta afirmación la reconocemos desde el comienzo mismo de la democracia donde confiamos que es la manera de acercarnos a la verdad y a la justicia, pero aceptamos sus carencias o defectos. Si cada individuo se revolucionara ante una falta en la perfección de la justicia, nunca lograríamos

⁵² Traducción realizada por mi: “The just person respects the rights of humanity, and for this reason respects the government that enforces those rights, and the juridical condition that makes their enforcement possible. But it is by no means obvious that a person who makes the rights of humanity his end would never, under any circumstances, oppose the extant government”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 256.

⁵³ Traducción realizada por mi: “justice is turned against itself”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 256.

⁵⁴ Traducción realizada por mi: “ She may come to feel that there is nothing for it but for her to take human rights under her own protection, and so to take the law into her own hands”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 256.

orden y coordinación. Sin embargo, el caso emblemático surge de la justicia perversa, de la situación en la que la virtud de justicia se vuelve contra sí misma. “Pero la diferencia entre la justicia imperfecta y la justicia perversa es una cuestión de juicio puro. (...) Es como si se abriera una especie de brecha en el mundo moral en la que el agente moral debe estar solo”⁵⁵.

Entonces, según la autora, el límite de aceptar la imperfección de la justicia se encuentra en que no alcance el límite de la perversión. Debemos respetar aquellas decisiones que toman los individuos por más imperfectas que sean, pero cuando alguien destruye su propia humanidad o autonomía, si la respetamos, nuestro respeto se vuelve contra sí mismo. “El respeto a su autonomía exige que respetemos su derecho a elegir. Pero si respetamos su autonomía no podemos quedarnos quietos y mirar mientras la destruye. Como la justicia está en un estado injusto, su autonomía requiere protección contra sí misma”⁵⁶. En estos casos, al decidir ante qué tipo de justicia nos encontramos, estamos completamente solos y desamparados de la ley.

La línea que hace falta trazar en la teoría de Korsgaard es aquella entre la justicia imperfecta y la justicia perversa. “Un kantiano no paternaliza cada vez que un ser querido hace una mala elección; un kantiano no se rebela cada vez que el gobierno toma una decisión equivocada. En un caso, el respeto a la autonomía, en el otro, el respeto al estado de derecho, le importan más que el contenido de las decisiones particulares que se toman”⁵⁷. Y, en este sentido, es importante remarcar el daño que apartarse del derecho conlleva: significa la afectación de la seguridad jurídica, significa apartarse de la situación de colaboración con una certeza de que esta situación es inaceptable. Por esta razón, Korsgaard acepta la posibilidad de apartarse del derecho ante situaciones deshumanizantes pero en estas ocasiones no cuenta con el apoyo del estado de derecho ya que de hacerlo, sería una afectación a sí mismo. Entonces, al evaluar la acción de apartarse del derecho por una situación intolerable, es necesario tener una convicción tan fuerte donde las consecuencias de hacerlo y que se genere la peor situación

⁵⁵ Traducción realizada por mi: “But the difference between imperfect justice and perverted justice is a matter of pure judgment. (...) It is as if a kind of gap opens up in the moral world in which the moral agent must stand alone”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 258.

⁵⁶ Traducción realizada por mi: “Respect for his autonomy demands that we respect his right to choose. But if we respect his autonomy we cannot stand quietly by and watch while he destroys it. Like justice in an unjust state, his autonomy requires protection against itself”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 259.

⁵⁷ Traducción realizada por mi: “A Kantian doesn’t paternalize every time a loved one makes a poor choice; a Kantian doesn’t revolt every time the government makes a wrong decision. In the one case, respect for autonomy, in the other, respect for the rule of law, matter to her more than the content of the particular decisions that are made..” Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 260.

posible, sean aún más bajas que las consecuencias de seguir viviendo en el status quo. Cuando uno se aparta del derecho, tiene que entender el daño a nivel macro que esta acción le genera a la sociedad.

En cuanto a los casos bajo análisis, por un lado, para el caso 1, donde un individuo considera que para lograr el fin que una norma desea es necesario apartarse de ella por el caso en particular, Korsgaard argumenta que si se trata de una circunstancia en donde la justicia no se torna contra sí misma, es decir si es una circunstancia de justicia imperfecta, es necesario que los individuos acaten la ley. Sin embargo, si se trata de una circunstancia de justicia perversa (ante situaciones deshumanizantes), Korsgaard acepta la posibilidad de apartarse del derecho pero en estas ocasiones no cuenta con el apoyo del estado de derecho, quien se aparta está solo. En el caso de Sullenberger, Korsgaard no justifica el actuar del piloto desde un punto de vista legal, el piloto al tomar la decisión de apartarse de la ley en una situación en donde la justicia no se torna contra sí misma (el protocolo que debía seguir Sullenberger no atentaba contra la humanidad de los individuos).

Por otra parte, para el caso 4, en donde un individuo cree que los fines y los medios que persigue la comunidad son malos y quiere que la comunidad se aparte de ellos, Korsgaard es determinantemente sobre la posibilidad de utilizar el juicio individual por sobre las normas colectivas: “si haces lo que se requiere de ti, no eres responsable de las consecuencias. Por otro lado, si haces algo diferente a lo que exige la ley (...), entonces eres responsable de las consecuencias”⁵⁸. Si se trata de una circunstancia en donde la justicia no se torna contra sí misma, es decir si es una circunstancia de justicia imperfecta, es necesario que los individuos acaten la ley. Sin embargo, si se trata de una circunstancia de justicia perversa (ante situaciones deshumanizantes), Korsgaard acepta la posibilidad de apartarse del derecho pero en esta ocasiones no cuenta con el apoyo del estado de derecho, quien se aparta está solo. En el ejemplo utilizado previamente de Alemania Nazi, al tratarse de una situación en la que la justicia se torna contra sí misma, Korsgaard acepta la posibilidad de apartarse del derecho pero nuevamente, cuando el individuo toma el derecho en sus manos, está solo y se hace responsable de las consecuencias de sus actos, pierde el paraguas protectorio de la ley.

⁵⁸ Traducción realizada por mi: “If you do what is required of you, you are not responsible for the consequences”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 253.

V. Conclusión y contribución personal sobre cuándo está justificado excepcionar una regla

En suma, hemos analizado en el presente escrito diferentes puntos de vista sobre cómo tomar decisiones teniendo en cuenta las normas existentes y las consecuencias de las acciones y, al hacerlo, hemos asentado que si una mayoría de individuos toma una decisión con respecto a un actuar, es probable que esa decisión sea correcta. A partir de esta premisa, procedimos a evaluar las razones por las cuales ciertos individuos se apartan de la ley y posteriormente cuáles de estos casos se encuentran justificados desde un punto de vista legal y/o moral. Para lograr el análisis de los casos 1 y 4 presentados acudimos a las teorías de Harel y Korsgaard e inspeccionamos cuándo para ellos se encontraba justificado apartarse de la ley.

Para Harel, ante una situación excepcional en donde las consecuencias de un acto sobrepasen un umbral de atrocidad, uno está autorizado a apartarse de la ley aunque esta misma no lo prevea, sin necesidad de modificarla. Dejar el concepto de “situación excepcional” a criterio propio puede resultar en una grave afectación a la seguridad jurídica. La concepción que presenta el autor sobre el derecho, desde sus bases, difiere de la de Korsgaard. Para Harel el derecho tiene el deber de orientar a las personas en su conducta al influir en sus reflexiones prácticas, las personas deberían respetar las leyes que se les apliquen. Por lo tanto, cuando nos encontramos ante un caso extremo donde hay una convicción definitiva y común de que respetar las leyes en ese caso sería inaceptable, no debemos aplicar las normas. Sin embargo, debemos considerar que vivimos en una sociedad completamente pluralista y multicultural, resulta imposible llegar a una situación de común convicción y/o unanimidad, por esta misma razón es que para la coordinación hemos desarrollado un recurso para ponernos de acuerdo: el sistema mayoritario. La teoría de Harel, llevaría a una falta de coordinación por la imposibilidad de establecer de forma común cuándo hay que apartarse de la ley, y, al dejarlo a libre decisión de cada individuo, resultaría en una falta de seguridad jurídica y en la omisión de cooperación por más personas que lo deseado.

Korsgaard, a diferencia de Harel, tiene la convicción de que las normas deben ser acatadas con más rigurosidad. Para lograr coordinación es esencial establecer un gobierno legítimo ya que a pesar de las imperfecciones que pueda tener, mediante él se puede llegar a una a

aproximación más precisa de una forma perfecta⁵⁹. Según su punto de vista, la idea de justicia se encuentra vinculada con el concepto de seguir procedimientos independientemente del resultado de ellos, “la normatividad de los procedimientos mismos no surge de la calidad de sus resultados sino del hecho de que debemos tener tales procedimientos si queremos forzar una voluntad general”⁶⁰. Korsgaard cree en seguir la voluntad de la mayoría, y busca procedimientos para acercarse a lo correcto. Al igual que Harel, ella considera que hay un momento en donde puede estar justificado apartarse de la ley, debemos respetar aquellas decisiones que toman los individuos por más imperfectas que sean salvo cuando alguien destruye su propia humanidad o autonomía (y la justicia deja de ser imperfecta y pasa a ser perversa), si la respetamos, nuestro respeto se vuelve contra sí mismo. En estos casos, por más necesario que sea apartarse de la ley, uno se encuentra solo, desamparado del estado de derecho y resulta responsable de las consecuencias de sus actos. Mientras que Harel acepta con el deontologismo de umbral que los individuos se aparten de la ley ante posibles consecuencias atroces, Korsgaard acepta que los individuos se aparten de la ley cuando la ley se encuentre atentando contra la misma humanidad y autonomía y, siempre y cuando los individuos se responsabilicen por las consecuencias de sus actos. Bajo estas circunstancias, Korsgaard autoriza la posibilidad de excepciones a las reglas y de justificadas faltas a la ley, pero bajo una restricción que no pone en jaque la cooperación social y la seguridad jurídica.

Una posible crítica que podemos encontrar en el razonamiento de Korsgaard es el hecho de que un actuar puede estar justificado a partir de las consecuencias que este genere, algo que está fuera de las manos del individuo que actúa. La respuesta a esta crítica puede descansar en que, como sociedad, hemos decidido normas de forma mayoritaria para atender a ciertas situaciones y nos hacemos cargo de forma conjunta de sus consecuencias. Si, sin embargo, un individuo no está de acuerdo con estas normas y busca actuar de forma individual, deberá también atender a las consecuencias de forma individual. Si la ley se contrapone a aquello que el individuo considera correcto a un nivel aberrante, siempre será mejor apartarse de ella y sufrir las consecuencias, este no será un deber legal para el individuo, sino uno moral y completamente optativo, nadie más que él pretenderá la comisión de este acto.

⁵⁹ Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 246.

⁶⁰ Traducción realizada por mi: “the normativity of these procedures nevertheless does not spring from the efficiency, goodness, or even the substantive justice of the outcomes they produce. The reverse is true: it is the procedures themselves that confer normativity on those results. (...) And the normativity of the procedures themselves springs not from the quality of their outcomes but rather from the fact that we must have such procedures if we are going to force a general will”. Korsgaard, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, 247.

En conclusión, no ver que una ley incluye dentro de su alcance situaciones particulares en las que sus medios no se alinean con sus fines es negar la realidad. Sin embargo, justificar excepcionar una regla puede llevar al Estado a una deslegitimación, falta de seguridad jurídica y falta de cooperación que imposibilitarían una sociedad fortalecida y que construye. Por esta razón, cuando nos enfrentamos a una situación en donde como individuos lo que parece correcto se ve contrapuesto con lo que la ley establece, el margen de acción debe estar concedido sin descuidar a la institución, a mi parecer, la teoría de Korsgaard es la que mejor lo logra.



VI. Bibliografía

Colaboradores de Wikipedia, "Vuelo 1549 de US Airways", Wikipedia, La enciclopedia libre. Accedido el 8 de diciembre de 2022 en: https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Vuelo_1549_de_US_Airways&oldid=146951142.

De Zan, Julio. "Universalismo y particularismo en la ética de Kant", 2005. Accedido el 10 de noviembre de 2022 en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1666-485X2005000100004&lng=es&nrm=iso. ISSN 1666-485X.

"Deontología". Ethics Unwrapped, 2022. <https://ethicsunwrapped.utexas.edu/glossary/deontology?lang=es>.

Dworkin, Ronald. *The Philosophy of Law*. Nueva York: Oxford University Press, 1977.

Firpo, Javier. "Sully, el piloto que hace 10 años sacó de la galera una "locura" aérea que salvó 155 vidas". *Clarín*. Accedido el 8 de diciembre de 2022 en: https://www.clarin.com/sociedad/sully-piloto-hace-10-anos-saco-galera-locura-aerea-salvo-155-vidas_0_fQf4y9ojW.html?gclid=CjwKCAiA-dCcBhBQEiwAeWidtb8hBAtp79IKepf4LYPh6vObqffo_nJkFisGp1pzwFuskSZ-F_7oVRoCIK8QAvD_BwE.

Harel, Alon. *¿Porqué el derecho importa?* Traducido por Mariano Vitetta. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, 2018.

Harrison, Jonathan. *Utilitarianism, Universalisation, and Our Duty to Be Just*. Vol. 53, *Proceedings of the Aristotelian Society*. Oxford University Press on behalf of The Aristotelian Society, s. f. Accedido el 16 de septiembre de 2022. <https://www.jstor.org/stable/4544513>.

Hart, H. L. A. y Genaro R. Carrió. *El Concepto de Derecho*. Abeledo - Perrot, 1998.

Kelly, Paul Joseph. *Utilitarianism and distributive justice : Jeremy Bentham and the civil law*. Oxford : Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1990.

Korsgaard, Christine M. *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008.

"La importancia de la torre de control en un aeropuerto". European Flyers. Accedido el 8 de diciembre de 2022 en: <https://europeanflyers.com/torre-control-aeropuerto/>.

López Zafra, Juan Manuel. "Justicia y Probabilidad en la Francia de la Revolución: Las posturas de Condorcet, Laplace y Poisson". CUNEF, s. f. Accedido el 8 de diciembre de 2022 en: http://www.ahepe.es/VICongreso/descargas/JM_Lopez_Zafra.pdf

Mill, John Stuart y Jeremy Bentham. *The Utilitarians : An introduction to the principles of morals and legislation*. Garden City, N.Y.: Anchor Books, 1973.

Murphy, Liam B. *Moral Demands in Nonideal Theory*. Oxford University Press, 2000.

Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos (Filosofía y derecho)*. 2ªed. Editorial Astrea, 2003.

Pazos Crocitto, José Ignacio. "Lagunas jurídicas: una nueva reflexión sobre un problema jurídico recurrente". *Revista Jurídica AMFJN*, s. f.

Philips, Jos. "A Critique of three recent studies on Morality's Demands". s. f.

Portillo, Alfredo. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1989.

Ramírez Avilés, Eiffel Eduardo. "El concepto de objetividad en la filosofía moral de Ronald Dworkin". Universidad del Perú, 2021. Accedido el 8 de diciembre de 2022 en: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/17548/Ramirez_ae.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Real Academia Española. Deontologismo. En Diccionario de la lengua española. s. f. Accedido el 10 de noviembre de 2022 en: <https://dle.rae.es/deontolog%C3%ADa?m=form>

Real Academia Española. Moral. En Diccionario de la lengua española. s.. f. Accedido el 10 de noviembre de 2022 en: <https://dle.rae.es/moral>

Real Academia Española. Utilitarismo. En Diccionario de la lengua española. s. f. Accedido el 10 de noviembre de 2022 en: <https://dle.rae.es/utilitarismo#FwXpP6V>

Regan, Donald. *Utilitarianism and co-operation*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

Rodríguez, César. *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores, 1997.

Rosenkrantz, Carlos. "La pobreza, la ley y la constitución". *SELA*, s. f.

