

Traducción

OBEDIENCIA INCIVIL

Jessica Bulman Pozen¹ & David E. Pozen².

Traducción: Gabriela Pedraza y Felipe Yamín.

Hace ya un tiempo, académicos y activistas han estado interesados en el incumplimiento normativo consciente como una herramienta de disenso. La desobediencia civil viola la ley en una apuesta por mostrar su ilegitimidad y motivar su reforma. Sin embargo, existe una forma menos evidente de acción social que implica un acercamiento casi completamente opuesto. Como lo demuestra un amplio rango de ejemplos, los disidentes también buscan perturbar regímenes jurídicos a través del estricto cumplimiento de sus reglas formales de manera hiperbólica, literal o, en general, inesperada.

Este artículo plantea la pregunta de ¿cómo entender estas protestas más paradójicas que implican, no el incumplimiento explícito de las reglas, sino más bien, su cumplimiento extremo. Tratamos de identificar, aclarar y llamar la atención sobre el fenómeno de la *obediencia incivil*. Después de definir la obediencia incivil y de describir sus variedades básicas y mecanismos, exploramos las herramientas que han surgido para limitar su uso. Explicamos que el derecho privado ha desarrollado defensas más robustas en contra de la obediencia incivil que el derecho público, especialmente en las jurisdicciones civilistas. Defendemos que los retos que genera la obediencia incivil para los valores que defiende el derecho público

¹ Profesor Asociado, Columbia Law School.

² Profesor Asociado, Columbia Law School. Este artículo se ha beneficiado de los comentarios de Michael Boucai, Rick Brooks, Josh Chafetz, Liz Emens, Jeff Fagan, Robert Ferguson, Joey Fishkin, David Fontana, Heather Gerken, Suzanne Goldberg, Jill Hasday, Daryl Levinson, Jon Michaels, Jeff Powell, David Rubenstein, Steve Sachs, Rahul Sagar, Jeffrey Skinner, and Ryan William así como de las presentaciones hechas en Brooklyn, Columbia, Cornell, Hofstra, Minnesota, Texas, UCLA, West Virginia, Wharton y Yale. Le agradecemos a Matt Danzer, Nell Ethridge, Jeremy Girtton, and Leigh-Anne St por su importante ayuda y al William S. Friedman Faculty Research Fund por su apoyo financiero. Por su profundo y generoso compromiso con este proyecto, estamos especialmente agradecidos con nuestros colegas Kent Greenawalt, Bernard Harcourt, Jeremy Kessler, y Jody Kraus.

son tan sustanciales como los generados por la desobediencia civil. También sugerimos que la obediencia incivil puede ser una táctica particularmente atractiva para los individuos ideológicamente conservadores y, más específicamente, para el Partido Republicano contemporáneo. Por estas razones y otras, el artículo se propone demostrar que la obediencia incivil se merece mucha más de la de atención crítica que se le ha dado a la desobediencia civil.

INTRODUCCIÓN

En abril de 1993, un grupo de motociclistas californianos se tomaron la autopista para desafiar el límite de velocidad de cincuenta y cinco millas por hora. Los motociclistas no violaron ninguna norma, ni siquiera retaron ningún límite legal. Pero sus acciones generaron una perturbación significativa y molestaron a muchas personas a su alrededor. ¿Qué hicieron? “Prácticamente lo peor que uno le puede hacer a sus compañeros conductores de autopista: Se quedaron dentro del límite de velocidad”³. Para subvertir la norma de las cincuenta y cinco millas por hora y fomentar su repudio, los miembros de la National Motorists Association (Asociación Nacional de Conductores) diseñaron una forma muy peculiar de protesta: El cumplimiento meticuloso de la misma norma a la que se oponían.

Hace ya un tiempo, los académicos y activistas se han interesado por el incumplimiento consciente y abierto de normas como instrumento del disenso. La desobediencia civil viola un mandato legal en una apuesta por hacer notar la oposición y motivar la reforma. Sin embargo, como demuestra la protesta de los motociclistas, las personas también pueden buscar perturbar el régimen jurídico existente al cumplir – de manera hiperbólica, literal, o, en todo caso, inesperada – sus reglas formales.

Este artículo comienza a teorizar estos retos más paradójicos a la autoridad legal. Buscamos identificar, definir y elucidar el fenómeno de la *obediencia incivil*⁴. En aspectos importantes, la obediencia incivil es la imagen reflejo de la desobediencia civil. En la mayoría de los casos, la desobediencia civil consiste en una violación abierta y directa de la del derecho y en una voluntad de someterse al debido castigo. La obediencia incivil invierte esos términos. En lugar de violación explícita de la ley, implica el cumplimiento

³ Josh Meyer, Slowpokes Make Point en 55 M.P.H., L.A. Times (Abr. 26, 1993), http://articles.latimes.com/1993-04-26/local/me-27445_1_speed-limit (en el archivo con la *Columbia Law Review*).

⁴ Ver infra-notas 59-60 y texto acompañante (explicando el término “obediencia incivil”).

subversivo de la misma ⁵. Si la desobediencia civil es inusualmente respetuosa del protocolo legal, comparada con la conducta ilegal ordinaria, la obediencia incivil es inusualmente irreverente y retadora de la práctica social establecida, comparada con la conducta legal ordinaria. Además, no acarrea ninguna consecuencia legal clara. Tal como dijo el vocero de la patrulla de la autopista de California sobre los motociclistas en protesta, “si están yendo en la autopista a 55, no hay mucho que podamos hacerles”⁶.

La obediencia incivil es una característica recurrente de la rebeldía contra el derecho privado y público. No obstante, a diferencia de la desobediencia civil, es una característica oscura, desconocida y poco estudiada⁷. Este artículo tiene como objetivo demostrar que la comprensión de su ejercicio le ofrece recompensas tanto conceptuales como prácticas a los académicos, activistas y legisladores. Investigar este fenómeno puede ayudarnos a entender y pensar, no sólo ejemplos relativamente menores como el del límite de velocidad, sino también conflictos institucionales más significativos que van desde el obstruccionismo en el Senado, hasta las medidas estatales contra el aborto y las acciones de los empleados ante sus normas laborales. Aún más, puede darle otra relevancia y nuevos elementos a debates pasados sobre desobediencia civil.

La Parte I establece el escenario al repasar el concepto de desobediencia civil. La Parte II introduce la contraparte legalista de la desobediencia civil, la obediencia incivil. Después de desarrollar una definición de trabajo, exploramos un amplio rango de ejemplos, variaciones y complicaciones. La

⁵ Es decir, implica formas de comportamiento subversivas pero acordes al derecho. Una clarificación terminológica importante: Al decir que las obedientes inciviles “obedecen”, “siguen”, “acatan” la ley, no queremos decir que necesariamente o incluso normalmente adecuan su comportamiento a la ley porque es lo que la misma ley dicta. Entonces, usamos “obediencia” y términos similares en un sentido más amplio del usualmente empleado por los doctrinantes de derecho. Ver e.g., Donald H. Regan, *Reasons, Authority, and the Meaning of “Obey”: Further Thoughts on Raz and Obedience to Law*, 3 *Can. J.L. & Jurisprudence* 3, 16 (1990) (“Una actora obedece la autoridad, en el sentido estricto, solo si respeta las directivas de la autoridad como razones intrínsecas para actuar”)

⁶ Tony Knight, *Group to Protest Speed Limit by Driving 55 MPH*, L.A. Daily News, Abr. 25, 1993, en N3.

⁷ La frase “obediencia incivil” aparece en varias memorias de previos activistas e.g., A. Alan Borovoy, *Uncivil Obedience: The Tactics and Tales of a Democratic Agitator* 15 (1991) (“El enfoque que yo defiendo es una forma de obediencia incivil. Por esto quiero decir que deberíamos obedecer la ley pero retar al gobierno al mismo tiempo”); Jim Corbett, *Goatwalking: A Guide to Wildland Living* 98 (1991) (discutiendo la “obediencia incivil, desobediencia y la iniciativa civil”), y en unos pocos artículos académicos. No conocemos ningún texto que haya considerado la frase o el fenómeno, comoquiera que haya sido titulado, en profundidad.

Parte III estudia cómo el sistema legal responde ante la obediencia incivil. El derecho privado, explicaremos, está mejor equipado para enfrentar la obediencia incivil que el derecho público, especialmente en jurisdicciones civilistas. Sin importar si la obediencia incivil es una práctica frecuente – o incluso viable – en cualquier ambiente, este análisis muestra que el tema merece una seria consideración académica y práctica. La Parte IV vuelve a traer la desobediencia civil al escenario para organizar e informar la crítica. El dilema básico que plantea la obediencia incivil para los valores del derecho público, según argumentaremos, no es, en ningún sentido, menos sustancial que aquel que plantea la desobediencia civil. Al mismo tiempo, la obediencia incivil juega un rol distintivo en las operaciones del gobierno que requiere un acercamiento crítico en sus propios términos.

I. DESOBEDIENCIA CIVIL

Ya que la desobediencia civil es una pieza clave para entender la obediencia incivil, comenzamos con una breve discusión sobre la primera. Nuestro objetivo en esta discusión no es entrar en nuevos terrenos. Esta parte del artículo enmarca nuestra investigación sobre obediencia incivil al subrayar aspectos claves sobre la desobediencia civil reconocidos en la literatura, y algunas de sus complicaciones y controversias.

Una definición simplificada de desobediencia civil, limitada a los elementos que han adquirido un acuerdo cuasi-universal entre sus doctrinantes, puede ser la siguiente: “una consciente y comunicativa violación de la ley diseñada para criticar o reprobado una ley o política y para contribuir a un cambio en

esa ley o política”⁸. Más allá de estos elementos se podría además exigir que la violación no sea violenta y que se lleve a cabo con la voluntad de aceptar sus consecuencias legales. Estos rasgos más específicos son discutidos; para algunos, ellos caracterizan el fenómeno de forma más precisa, y otros, introducen una defensa normativa a la desobediencia civil cuando tratan de elaborar una definición supuestamente neutral⁹.

En cualquier caso, la desobediencia civil ese caracteriza por una violación del derecho positivo. La desobediente civil no es una simple huelguista, vocera, o cualquier otro tipo de disidente legal. Por lo contrario, ella distingue su protesta al violar la norma legal oficial. Incluso esta concepción, aparentemente concreta, da lugar a una serie de complicaciones, dos de las cuales merecen nuestra atención en esta parte. Primero, ¿debe la desobediente civil violar la misma ley que está criticando? A pesar de que unos pocos comentaristas han sugerido limitar la categoría a tal forma de acción *directa*¹⁰, el peso de la autoridad reconoce la desobediencia civil

⁸ Kimberley Brownlee, Civil Disobedience, Stanford Encyclopedia of Philosophy (Dic. 20, 2013), <http://plato.stanford.edu/entries/civil-disobedience> [de ahora en adelante Brownlee, Civil Disobedience] (en el archivo con la *Columbia Law Review*). En esta discusión en particular usamos las formulaciones influyentes de John Rawls, Joseph Raz, Kimberley Brownlee, y Hugo Bedau. Ver en general Kimberley Brownlee, Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience 18 (2012) [de ahora en adelante, Brownlee, Conscience and Conviction] (“La desobediencia civil debe incluir una violación deliberada de la ley que provenga de un compromiso personal y debe ser dirigida a comunicarle el reproche personal de una norma o política a una audiencia especialmente elegida”); John Rawls, A Theory of Justice 364 (1971) (definiendo la desobediencia civil como “una acción pública, no-violenta, consciente y sin embargo política, contraria a la ley, usualmente llevada a cabo con el propósito de generar un cambio en la ley o en las políticas gubernamentales”); Joseph Raz, The Authority of Law 263 (1979) (“La *Deobediencia civiles* es una violación de la ley políticamente motivada y diseñada o para contribuir directamente al cambio de una norma o política pública o a expresar la protesta personal contra, y separación de, una norma o política pública”); Hugo A. Bedau, On Civil Disobedience, 58 J. Phil. 653, 661 (1961) [de ahora en adelante Bedau, On Civil Disobedience] (“Cualquiera que lleve a cabo un acto de desobediencia civil si, y sólo si actúa ilegalmente, públicamente, no-violentamente, y conscientemente con el objetivo de frustrar (una de las) normas, políticas o decisiones de su gobierno”).

⁹ Compare con, e.g., Rawls, supra nota 6, en 364–68 (definiendo estrictamente la desobediencia civil), con Raz, supra nota 6, en 269 (exponiendo que las características propuestas “en un intento por articular y justificar una doctrina de las formas permisibles de desobediencia civil” son “restricciones arbitrarias”).

¹⁰ Ver, e.g., Abe Fortas, Concerning Dissent and Civil Disobedience 63 (1968) (“La desobediencia de las normas que no son en sí mismas el blanco de la protesta constituye un acto de rebelión, no solamente de disidencia”).

indirecta también¹¹. Una persona puede violar una ley a la que no se opone (tal como normas de tránsito o de violación de propiedad privada) para retar otra ley o política (como por ejemplo política militar). Inclusive, en muchas instancias, los desobedientes civiles serán capaces de hacer notar su disenso únicamente al violar una ley o política distinta de la que están retando¹². Además, la línea conceptual entre desobediencia civil directa e indirecta puede ser, en sí misma, borrosa¹³.

Una segunda complicación aparece en regímenes jurídicos con múltiples fuentes de derecho. En los Estados Unidos, los retos a las políticas estatales

¹¹ Ver, e.g., Brownlee, *Conscience and Conviction*, supra nota 6, en 19 (reconociendo ambas sub-categorías de la desobediencia civil); Rawls, supra nota 6, en 364–65 (igual); Hannah Arendt, *Civil Disobedience*, en *Crises of the Republic* 49, 55–56 (1969) (igual); Marshall Cohen, *Civil Disobedience in a Constitutional Democracy*, 10 *Mass. Rev.* 211, 225 (1969) (igual). En los términos de Daniel Markovits la desobediente civil puede “desobedecer una norma ... en su *desafío* de otra” norma u ordenamiento jurídico. Daniel Markovits, *Democratic Disobedience*, 114 *Yale L.J.* 1897, 1936 n.85 (2005) (énfasis agregado).

¹² Ver H.A. Bedau, *Civil Disobedience and Personal Responsibility for Injustice*, en *Civil Disobedience* en *Focus* 49, 52 (Hugo Adam Bedau ed., 1991) [de ahora en adelante Bedau, *Personal Responsibility*] (muestra el “hecho innegable de que algunas injusticias son inaccesibles a la resistencia directa por los que las retarían” (énfasis omitido); ver también Rawls, supra nota 6, en 365 (“Si el gobierno promulga un estatuto vago y severo contra la traición, no sería apropiado cometer una traición como mecanismo para objetar tal estatuto ... En algunos casos no hay forma de violar la política gubernamental directamente, por ejemplo, cuando se trata de asuntos externos ...”). Algunos también excluirían de la categoría de desobediencia civil las transgresiones de la ley que se dirigen a las entidades no-gubernamentales, ver Raz, supra nota 6, en 264 (clasificando las protestas contra “acciones o políticas de los agentes privados (bancos, universidades privadas, sindicatos, etc.)”), mientras que otros insisten que es arbitrario excluir tales protestas pues retan necesariamente “el marco legal que acepta las políticas y prácticas [condenadas] como legales,” Brownlee, *Conscience and Conviction*, supra nota 6, en 19 n.8; ver también Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality* 234 (1987) (“Mientras que no amenace seriamente el orden jurídico, la desobediencia a la correcta injusticia privada no puede excluirse en principio”); Michael Walzer, *Civil Disobedience and Corporate Authority*, en *Obligations: Essays on Disobedience, War, and Citizenship* 24, 43 (1970) [de ahora en adelante Walzer, *Civil Disobedience*] (describe el tipo de desobediencia civil que “oma lugar simultáneamente en dos arenas sociales, la corporación y el estado”).

¹³ Por ejemplo, ¿es una acción de desobediencia civil directa o indirecta contra la política militar el rehusarse a pagar los impuestos si se considera que los mismos benefician al ejército? Ver Kimberley Brownlee, *The Communicative Aspects of Civil Disobedience and Lawful Punishment*, 1 *Crim. L. & Phil.* 179, 184 n.9 (2007) [de ahora en adelante Brownlee, *Communicative Aspects*] (presenta este ejemplo).

(*)¹⁴ son etiquetados rutinariamente como intentos de reivindicar las garantías federales estatutarias o constitucionales, las cuales tienen el estatus de “Ley suprema de la Nación”¹⁵. Los ejemplos icónicos de desobediencia civil en la historia estadounidense reciente – acciones lideradas por Martin Luther King, Jr., Rosa Parks, y muchos otros como parte del movimiento de derechos civiles – surgieron en respuesta a leyes estatales que ahora se entienden como incompatibles con la Constitución federal. Como estableció Charles Black en ese momento, se podría entonces negar que hubo una violación de una ley, ni siquiera sin recurrir a argumentos de derecho natural: “El hecho de que seamos una unión federal transforma mucho de lo que sería desobediencia civil en un simple reclamo de un derecho legal, de un reclamo en contra de lo que es derecho únicamente en apariencia”¹⁶. ¿Quiere decir esto que nuestros casos paradigmáticos de desobediencia civil en realidad no involucraron ninguna desobediencia? Los teóricos se han resistido de vieja data a esta conclusión a partir de la lógica que la desobediencia civil está “no solo presentando un caso retador de una decisión constitucional”, sino que además, o en lugar de ello, busca mostrar su reto ante una audiencia extrajudicial y está “preparada para oponerse” a la medida desaprobada por ella “incluso si esta fuera reforzada”¹⁷.

Mientras que la violación de la ley es un aspecto necesario de la desobediencia civil, también lo es el compromiso de obediencia frente a una autoridad estatal. La desobediencia civil muestra un respeto por el sistema jurídico como un todo incluso mientras desafía una pieza de ese mismo sistema. En la formulación de John Rawls, la desobediencia civil “expresa la desobediencia de la ley dentro de los límites de la fidelidad al derecho, a pesar de que se encuentra en el límite externo del mismo”¹⁸. Entonces, en el corazón de la mayoría de las concepciones de desobediencia civil, está la paradoja de la violación de la ley que es, al mismo tiempo, respetuosa del derecho en un sentido amplio. El aspecto del respeto por la ley de la desobediencia civil es indicado por varios rasgos interrelacionados.

(*) Cuando los autores usan los términos estatales y federales se refieren, con el primero, a los estados federales individuales, y, con el segundo, al gobierno nacional general.

¹⁵ Const. EEUU. art. VI, cl. 2; ver también Arendt, *supra* nota 9, en 53 (“Debido a su sistema dual, el derecho Americano, a diferencia de otros sistemas legales, ha encontrado un lugar no-ficticio visible para esa forma de derecho en el que de una forma u otra, la jurisprudencia sigue insistiendo” (comillas internas omitidas)).

¹⁶ Charles L. Black, Jr., *The Problem of the Compatibility of Civil Disobedience with American Institutions of Government*, 43 *Tex. L. Rev.* 492, 506 (1965).

¹⁷ Rawls, *supra* nota 6, en 365.

¹⁸ *Id.* en 366; ver también, e.g., Walzer, *Civil Disobedience*, *supra* nota 10, en 24 (“Un hombre viola la ley [cuando es desobediente civilmente], pero lo hace de forma que no reta la legitimidad de los sistemas legales o políticos”).

Primero, la desobediencia civil debe ser consciente – debe ser seria, sincera, y basada en convicción¹⁹. Un acto inescrupuloso o impulsivo no amerita esta etiqueta. Mientras que la desobediente civil no necesita estar en lo correcto, sí debe tener una creencia firme que consista tanto en que la norma que está desafiando debe ser cambiada y de que esa necesidad de cambio tiene el suficiente peso, en términos de justicia o moral²⁰, para justificar que ella viole la ley para lograrlo.

También debe ser capaz de comunicarle ese sentimiento a una audiencia. Su audiencia muy seguramente incluirá funcionarios gubernamentales y también víctimas de la norma en cuestión, otros disidentes, o la sociedad en su totalidad. Como observa Kimberley Brownlee, la desobediente civil típicamente tiene como objetivo comunicacional llamar la atención de su audiencia tanto hacia el pasado como hacia el futuro. Al expresar su “desacuerdo con, y separación de, la norma o política en cuestión”, ella simultáneamente busca “llamar la atención de la audiencia sobre las razones que generaron su protesta y, además, persuadir a su audiencia y público relevante para que acepten su posición”²¹.

Ya que una violación abierta de la ley puede ser en sí misma poderosamente expresiva, el elemento comunicativo de la desobediencia civil usualmente se satisface con la misma acción de violar la ley. Varios ejemplos canónicos han ocurrido a plena vista y con la notificación previa a las autoridades, y algunos

¹⁹ Ver, e.g., Rawls, *supra* nota 6, en 364 (invoca esa consciencia); Bedau, *Personal Responsibility*, *supra* nota 10, en 51 (igual); Kimberley Brownlee, *Features of a Paradigm Case of Civil Disobedience*, 10 *Res Publica* 337, 338 (2004) (igual).

²⁰ Rawls defiende que la desobediencia civil debe ser guiada y justificada por los principios fundamentales de justicia. Una desobediente civil puede no basar su protesta en la moralidad o en la religión, tampoco en interés propio (aunque estos pueden coincidir con y apoyar sus reclamos); en lugar de ello, debe apelar a “la concepción compartida de justicia que subyace el orden político” y ubicar su protesta dentro del entendimiento compartido de la mayoría de la justicia. Rawls, *supra* nota 6, en 365; ver también Cohen, *supra* nota 9, en 212 (dice que los principios invocados por la desobediente civil “son principios que ella toma como generalmente reconocidos”). En contra de lo que plantea Rawls, varios juristas dicen que la desobediente civil puede buscar cambiar o expandir la concepción de la mayoría de justicia en lugar de apelar a su concepción existente, y que los principios religiosos o morales sí pueden igualmente motivar su disenso. Ver, e.g., Greenawalt, *supra* nota 10, en 230–35 (reta la estrechez de la formulación de Rawls); Peter Singer, *Democracy and Disobedience* 88–90 (1973) (igual).

²¹ Brownlee, *Conscience and Conviction*, *supra* nota 6, en 18; ver también Rawls, *supra* nota 6, en 366 (caracteriza la desobediencia civil como una “forma de dirigirse a un público”; Raz, *supra* nota 6, en 264–65 (nota el carácter expresivo de la desobediencia civil).

doctrinantes les han adscrito la relevancia suficiente a estos atributos para que ameriten ser parte de la definición²². “No hay nada evasivo acerca de la desobediencia civil”, dice Michael Walzer; “se trata de un ‘performance’ público de un reclamo contra el estado”²³. Sin embargo, la combinación de la publicidad y la notificación previa no es estrictamente necesaria. En algunos casos – por ejemplo, la liberación de animales de laboratorios de investigación o el vandalismo contra las plantas de poder nuclear – ese tipo de publicidad le otorgaría aquellos encargados de hacer cumplir la ley la oportunidad de obstaculizar la protesta. En estos casos, la subsecuente apropiación y explicación del acto puede cumplir con el requisito de comunicación, junto con el requisito de defender muchos de los valores sociales que se piensa que respaldan este requisito²⁴.

Además de lo anterior, al quebrantar la ley, la desobediente civil debe buscar la reforma de la misma de alguna forma²⁵. Es, en gran parte, esta voluntad de reforma la que distingue a la desobediencia civil de la objeción de conciencia (tal y como se han comprendido estos dos conceptos

²² Ver, e.g., Rawls, *supra* nota 6, en 366 (“[La desobediencia civil] se lleva a cabo abiertamente y con notificación; no se hace en cubierto ni en secreto”); Bedau, *On Civil Disobedience*, *supra* nota 6, en 655 (“Usualmente, aunque no siempre, es esencial para el propósito de la disidente que tanto el público como el gobierno sepan lo que pretende hacer.”); Cohen, *supra* nota 9, en 212 (“Es esencial que las acciones de la desobediente civil se desarrollen en público o al menos se llame la atención del público hacia ellas”).

²³ Michael Walzer, *The Obligation to Disobey*, *en* *Obligations: Essays on Disobedience, War, and Citizenship* 3, 20 (1970) [de ahora en adelante Walzer, *Obligation*].

²⁴ Ver Brownlee, *Conscience and Conviction*, *supra* nota 6, en 23 (“La desobediencia que se lleva a cabo en secreto en la primera instancia para asegurar que el acto sea exitoso puede, no obstante, ser abierta y comunicativa cuando se sigue de un reconocimiento del acto y de las razones que lo impulsaron.”); Raz, *supra* nota 6, en 265 (“Únicamente debe ser hecho público que el acto de desobediencia ocurrió junto con la naturaleza de su motivación”).

²⁵ Ver, e.g., Brownlee, *Communicative Aspects*, *supra* nota 11, en 180 (dice que la desobediente civil debe transmitir no solamente la crítica “sino también su deseo de generar un cambio duradero en el derecho o en la política”). Pero cf. Raz, *supra* nota 6, en 263–64 (dice que la desobediencia civil puede ser “diseñada sea para contribuir directamente al cambio de una ley o política pública o para expresar un desacuerdo con, y separación de, una ley o política pública”, sin embargo, más adelante establece también que todas las formas de desobediencia civil están diseñadas para “tener un efecto político”). Así “los actos de desobediencia civil usualmente tengan objetivos delimitados y restringidos”, Brownlee, *Civil Disobedience*, *supra* nota 6, varios doctrinantes han señalado recientemente variables que buscan retar las estructuras políticas o estimular el compromiso democrático más ampliamente. Discutimos estas variantes en las *infra* notas 110, 253–257 y su texto acompañante.

tradicionalmente). Esta última es “esencialmente una acción privada por parte de una persona que busca evitar cometer un mal moral al obedecer una ley moralmente mala”²⁶. La objetora de conciencia busca excluirse a sí misma de la práctica legal. La desobediente civil, por lo contrario, está más interesada en cambiar la ley que objeta que en desobligarse y no participar. A pesar de que el núcleo de la desobediencia civil, entonces, consiste en una violación consciente y comunicativa de la emprendida con una intención reformista, hay otros dos criterios adicionales que figuran prominentemente – aunque no universalmente – en la literatura. Primero, numerosos doctrinantes aseguran que la herramienta de la resistencia debe ser no-violenta. La falta de violencia, en estos términos, no es solamente una estampa distintiva de la desobediencia civil moralmente legítima, sino un requisito de la definición en la medida en que hace que la parte “cívica” sea posible²⁷. Otros les responden que incluso aunque la falta de violencia es generalmente preferible, es un error categórico establecer que cualquier modo particular de conducta es un aspecto necesario de la desobediencia civil²⁸.

²⁶ Raz, *supra* nota 6, en 264; ver también Singer, *supra* nota 17, en 93 (muestra que la objeción de conciencia se “configura para evitar tomar parte en las políticas a las que uno objeta en lugar de para cambiar tales políticas”). Pero ver Walzer, *Obligation*, *supra* nota 20, en 12 (clasifica la objeción de conciencia como una forma de desobediencia civil); Jeremy K. Kessler, *The Administrative Origins of Modern Civil Liberties Law*, 114 *Colum. L. Rev.* 1083, 1090 (2014) (establece que los activistas y administradores de la Primera Guerra Mundial concibieron la objeción de conciencia “no como un derecho para salirse del estado de guerra, sino como un derecho para participar de forma particular”).

²⁷ Ver, e.g., Arendt, *supra* nota 9, en 76–77 (afirmando que la no-violencia es “generalmente aceptada como una característica necesaria de la desobediencia civil”); Bedau, *On Civil Disobedience*, *supra* nota 6, en 656 (“El énfasis en la parte ‘civil’ es esencial; solo los actos no-violentos pueden entonces calificar dentro de la categoría”).

²⁸ Ver, e.g., Brownlee, *Conscience and Conviction*, *supra* nota 6, en 21–23 (retan la “presumida incivildad de la violencia”); Walzer, *Civil Disobedience*, *supra* nota 10, en 25 (dice que la “insistencia en la absoluta no-violencia de la desobediencia civil es ... un poco ingenua,” a la luz de la violencia y la coerción que está en riesgo con todas las formas de desobediencia legal); Howard Zinn, *A Fallacy on Law and Order: That Civil Disobedience Must Be Absolutely Nonviolent*, *en Civil Disobedience and Violence* 103, 111 (Jeffrie G. Murphy ed., 1971) (“Sería desatinado pensar en eliminar desde el principio, en todos los momentos y condiciones, toda la amplia gama de posibles tácticas que sobrepasan la no-violencia estricta”).

Una acción violenta, enfatizan algunos autores, puede en ciertos casos producir menos daño que una acción no-violenta²⁹. O, también es posible, que el mal que combate la desobediencia civil sea tan grande que justifique alguna medida de fuerza³⁰.

Segundo, los ejemplos clásicos de desobediencia civil visualizan la vulneración de la ley acompañada de una rendición ante el castigo³¹. La *Letter from Birmingham City Jail* de Martin Luther King, Jr. se enfoca famosamente en este asunto: “El que rompe una ley injusta debe hacerlo abiertamente, amorosamente ... y con la disposición y voluntad de aceptar el castigo”³². La disposición de la desobediente civil a aceptar las consecuencias

²⁹ Ver Raz, *supra* nota 6, en 267 (“Ciertos actos no-violentos, es más, ciertos actos legales, pueden tener consecuencias mucho más severas que actos violentos: consideremos por ejemplo los posibles efectos de una huelga por parte de los conductores de ambulancia.”); ver también Brownlee, *Conscience and Conviction*, *supra* nota 6, en 21–22 (“Enfocar la atención en la violencia le quita la atención merecida al aspecto presuntamente más sobresaliente del daño”).

³⁰ Ver, e.g., Greenawalt, *supra* nota 10, en 244–65 (arguye que la violencia puede estar justificada a veces). Los doctrinantes han adelantado criterios adicionales para distinguir la violencia justificada de la injustificada en la desobediencia civil. Ver, e.g., Rawls, *supra* nota 6, en 371–77 (propone que la desobediencia civil debería limitarse a las situaciones en las que hay una injusticia clara y sustancial, debe ser usada como último recurso, y debe involucrar acción coordinada por parte de grupos minoritarios). Pero ver Raz, *supra* nota 6, en 275 (dice que tales condiciones representan un intento de “rutinizar” la desobediencia civil y volverla una forma regular de acción política a la que todos tienen derecho,” cuando el carácter excepcional de la desobediencia civil reposa precisamente ... en el hecho de que es (en los estados liberales) una forma de acción política a la que no se tiene derecho”).

³¹ Sin embargo, al igual que con la no-violencia, algunos dicen que la disposición de aceptar el castigo no es un componente definicional de la desobediencia civil sino más bien una consideración moralmente significativa para evaluar su práctica. Ver, e.g., Raz, *supra* nota 6, en 265 (adopta esta visión). Otros hacen énfasis en la insuficiencia de esa disposición de aceptar el castigo como base para la legitimación. Ver e.g., Cohen, *supra* nota 9, en 214 (“Es inconcebible pensar que un homicidio, violación o incendio provocado estén justificados con el sólo hecho de que los perpetradores estaban dispuestos a pagar la pena...”).

³² Martin Luther King, Jr., *Letter from Birmingham City Jail*, *en* *A Testament of Hope* 289, 294 (James Melvin Washington ed., 1986) (énfasis omitido); ver también *id.* en 291 (“Presentaríamos nuestros cuerpos como medio para poner nuestro caso de presente ante la comunidad local y nacional”). Usando el ejemplo de King, los críticos contemporáneos de Edward Snowden han insistido que su fuga lo descalifican del estatus de desobediente civil. Ver Michael J. Glennon, *Is Snowden Obligated to Accept Punishment?*, *Just Security* (June 3, 2014, 9:00 AM), <http://justsecurity.org/11068/guest-post-snowden-obliged-accept-punishment> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (desarrolla y discute esta línea argumentativa).

legales de sus acciones demuestra su compromiso con la *polis* y su humildad frente a sus compañeros ciudadanos, a pesar de su momentaria separación de la ley. Esta es entonces, para muchos doctrinantes, la forma crítica de negociar la paradoja de un acto que quebranta la ley pero que es, sin embargo, respetuoso con la misma³³.

II. OBEDIENCIA INCIVIL

Ciertos actos de protesta no involucran “desobediencia” en el sentido de un quebranto de la ley, y, sin embargo, tampoco se acomodan dentro de los modelos familiares de disenso legal. Recordemos los disidentes del límite de velocidad discutidos en la Introducción. Ellos no eran desobedientes civiles. Al conducir a cincuenta y cinco millas por hora (sin obstruir los vehículos de emergencia ni violar ninguna otra directiva relevante ³⁴), ellos se mantuvieron deliberadamente dentro de los límites del derecho. Y aunque cumplir la ley no es un acto especial en sí mismo, la forma sobresaliente en que los motociclistas llevaron a cabo ese cumplimiento lo hizo muy llamativo; demostraron un conocimiento y seguimiento extraordinario de las normas que se encontraban en los libros, en contra de una práctica común y de la sensación ampliamente compartida de una práctica deseable. Demonstraciones, boicots, piqueteras y otras formas tradicionales de protesta pueden adherirse a la ley también, pero la forma en que lo hacen no es un aspecto irónico o constitutivo de su resistencia.

Estudiando otras áreas del derecho encontramos muchos más ejemplos de actores ejerciendo una práctica que parece ser una versión espejo de la desobediencia civil: retando una política o norma al adherirse de manera metódicas, aunque inesperadas, a sus provisiones formales. Como en el caso de la protesta del límite de velocidad, algunos de estos ejemplos involucran el seguimiento hiperbólico de los mandatos de la autoridad. Los empleados con quejas ocasionalmente usan una táctica que tiene el carácter opuesto a la de ‘dejar el trabajo tirado’. Se trata de ‘trabajar según las reglas’, hacen exactamente lo que se les pide, siguen exactamente los protocolos de

³³ Ver, e.g., Rawls, supra nota 6, en 366–67 (dice que “la fidelidad a la ley se expresa ... con la disposición a aceptar las consecuencias legales de la propia conducta”); Bedau, *Personal Responsibility*, supra nota 10, en 51 (dice que el desarrollo de la desobediencia civil dentro del marco del imperio de derecho implica “la disposición por parte de la desobediente a aceptar las consecuencias legales de sus actos”); Bernard E. Harcourt, *Political Disobedience*, en *Occupy: Three Inquiries in Disobedience* 45, 46–47 (2013) (“[La desobediencia civil] respeta la norma legal en el mismo instante de la resistencia, y se ubica bajo la sanción de tal norma. Si se resiste a la sanción legal que implica su proceder, en realidad, deja de actuar dentro de la figura de desobediencia civil.”).

³⁴ La posible aplicación de leyes múltiples a los comportamientos “inciviles” se desarrolla en la Parte III.A.

seguridad, se reportan y departen de las instalaciones en el minuto exacto que se espera de ellos³⁵. Después de que la negociación colectiva entre American Airlines y sus pilotos fracasara en el 2012, por ejemplo, los pilotos comenzaron a solicitar incesantes – y técnicamente obligatorios – servicios de mantenimiento. En lugar de violar las políticas de la compañía o las regulaciones de la industria para dejar claro su valor para la aerolínea, decidieron cumplir la normativa de forma rígida y disruptiva.³⁶

Otros ejemplos incluyen el uso maximalista de derechos codificados para “inundar” o “atascar” un sistema. En 1966, los sociólogos Richard Cloward y Frances Fox Piven de la Universidad de Columbia, escribieron un artículo famoso en *The Nation* en el que incitaban a un “movimiento masivo de reclutamiento a todas las personas pobres para registrarlos en las listas del sistema de protección social” y así “precipitar una crisis financiera y política profunda” que llevara al remplazo del sistema por un “subsidio anual

³⁵ Ver, e.g., *Local 702 Int’l Bhd. of Elec. Workers, AFL-CIO v. NLRB*, 215 F.3d 11, 14 (D.C. Cir. 2000) (considera la acción de ‘trabajo según las reglas’ en la que los trabajadores se estaban “comportando estrictamente como lo dictaban las reglas de seguridad y demás de la compañía; haciendo exactamente y únicamente lo que se les pedía; [y] reportándose al trabajo precisamente a la hora convenida” (comillas internas omitidas)); *Direct Action: Solidarity and Sabotage, en We Are Everywhere: The Irresistible Rise of Global Anticapitalism* 456, 457 (Notas de Nowhere ed., 2003) (“La noción del ‘trabajo según las normas’ es brillantemente simple – los trabajadores siguen cada regla, sin importar lo tonta, ineficiente, o inconsiderada que sea. No violan ninguna disposición causan tanto trastorno como si estuvieran en huelga, t, sin embargo, ¡todo el mundo sigue recibiendo su paga!”). William Simon ha descrito el ‘trabajo según las reglas’ como la práctica de “detener una empresa al rehusarse a tomar los atajos necesarios para que las cosas funcionen” y se refirió a tal práctica como un caso de “seguimiento escrupuloso de la ley que es tan cargoso y disruptivo que ocurre únicamente como forma de protesta.” William H. Simon, *The Practice of Justice* 90–91 (1998).

³⁶ Como explicó uno de los comentaristas: Si maneja su carro como se lleva manejando a American Airlines en las últimas dos semanas[,] si su carro está dejando escapar aceite, revíselo. Si sus limpia-vidrios están chillando, revíselo. Si los frenos están sonando, revíselo. Si se mueve ligeramente a la izquierda, revíselo... Muchos sistemas en la mañana no se alínean en la secuencia correcta. Una luz se prenderá y se puede arreglar apagándolo y volviéndolo a prender. ¿Está autorizado un piloto a hacer esto? [N]o pero todos lo hacíamos para que el vuelo pudiera salir a tiempo. Ahora si pasa ese mismo problema, los pilotos lo están anotando en el libro y asumiendo la demora.

Terry Maxon, otro piloto de American Airline explica por qué AA está teniendo tantas demoras, *Dall. Morning News: Aviation Biz Blog* (Sept. 30, 2012, 6:22 PM), <http://aviationblog.dallasnews.com/2012/09/another-american-airlines-pilot-explains-why-aa-is-having-so-many-delays.html> (en archivo con la *Columbia Law Review*).

garantizado y así eliminar la pobreza”³⁷. El plan de Cloward y Piven evitaba cualquier tipo de fraude legal o triquiñuela. Por el contrario, buscaba explotar la “amplia discrepancia ... entre los beneficios de los que son titulares las personas bajo programas públicos de bienestar y las sumas que efectivamente reciben”³⁸. Si millones de personas pobres pudieran ser movilizadas para que reclamaran los beneficios a los que tenían derecho, pensaban Cloward y Piven, el sistema de prestaciones sociales colapsaría, sus problemas morales y materiales quedarían expuestos.

Es más, otros ejemplos involucran las acciones de los funcionarios estatales, incluyendo su capacidad de crear nuevas leyes³⁹. En los últimos años, varios estados han promulgado legislación que establece que todos los abortos inducidos mediante medicamentos deben seguir estrictamente un régimen aprobado (pero no requerido) por el Food and Drug Administration (FDA) en el 2000⁴⁰. Existe otra alternativa, testada y comprobada, que generaba una alternativa menos onerosa desde del 2000, y la gran mayoría de los proveedores del servicio de aborto no han seguido el régimen aprobado por el

³⁷ Frances Fox Piven & Richard Cloward, *The Weight of the Poor: A Strategy to End Poverty*, *Nation* (Mar. 8, 2010), <http://www.thenation.com/article/weight-poor-strategy-end-poverty> [de ahora en adelante Piven & Cloward, *Weight of the Poor*] (en archivo con la *Columbia Law Review*) (originalmente publicado May 2, 1966).

³⁸ Id. Cloward y Piven afirmaron que la maximización de las listas de prestaciones sociales le pondría una presión a la “coalición democrática de las grandes ciudades: la clase blanca media restante, los grupos étnicos blancos de la clase trabajadora y la creciente minoría pobre”. Id. Para preservar esta coalición, estimulada por alcaldes y gobernadores haciendo lobby en lugar de por los mismos pobres, “una administración nacional democrática sería forzada a avanzar hacia una solución federal para la pobreza que superara las fallas de las prestaciones sociales a nivel local, los conflictos locales de clase y raza y los dilemas locales de ingresos”. Id. Aunque nunca fue completamente implementado, el plan Cloward-Piven sigue siendo un texto canónico para el movimiento de los derechos sociales. Ver en general Frances Fox Piven & Richard Cloward, *Poor People’s Movements* 275–88 (1977) (discute la propuesta).

³⁹ Exploramos algunas de las complejidades distintivas que se hacen visibles con esta categoría de ejemplos en la Parte II. B. 4.

⁴⁰ Ver en general Heather D. Boonstra, *Medication Abortion Restrictions Burden Women and Providers—and Threaten U.S. Trend Toward Very Early Abortion*, 16 *Guttmacher Pol’y Rev.* 18, 21–22 (2013) (resume estas leyes); Guttmacher Inst., *State Policies in Brief: Medication Abortion* (2015), http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_MA.pdf (on file with the *Columbia Law Review*) (igual).

FDA por más de una década⁴¹. A pesar de que el reto para los derechos reproductivos y sexuales que rodean el aborto es claro, los defensores de esta legislación fingen servilismo ante la autoridad federal, insistiendo que están simplemente cumpliendo los estándares de seguridad establecidos por el gobierno estadounidense.

Cada uno de estos ejemplos de legalismo subversivo es un tipo de ‘obediencia incivil’. Esta parte primero define obediencia incivil y defiende nuestra escogencia del término, y luego estudia algunas complicaciones y obstáculos. Para ilustrar mejor el fenómeno y resaltar su potencial importancia, esta parte también ofrece una variedad de ejemplos adicionales.

A. *Una definición*

Usando los estándares de la desobediencia civil, definimos obediencia incivil como aquella que reúne los siguientes elementos:

- 1) Conciencia – una acción deliberada, motivada normativamente o una serie coordinada de acciones
- 2) Comunicatividad – que comunica la crítica de una ley o política
- 3) Intención reformista – con un propósito significativo de cambiar o perturbar esa ley o política
- 4) Legalidad – de conformidad con toda la ley positiva aplicable
- 5) Provocación legal – llevada a cabo de una forma que llama la atención hacia su misma legalidad formal, y que, al mismo tiempo se aleja de las expectativas predominantes sobre cómo será aplicada o cumplida esa ley.

La obediencia incivil, como nosotros la concebimos, es entonces tanto un opuesto como un espejo parcial de la desobediencia civil. Es paralela a la última en su requisito de conciencia, comunicatividad, intención reformista, e incluso en su inversión de la decisión central de violar la ley. Y aunque cada tipo de acción tiene como meta generar una provocación, la desobediencia civil lo hace mediante el quebranto destapado de la ley, y la obediencia incivil lo hace a través del cumplimiento heterodoxo de la misma.

Antes de desarrollar estos puntos queremos resaltar que, aunque exponemos criterios suficientes y necesarios en nuestro esfuerzo por caracterizar la

⁴¹ Ver Boonstra, *supra* nota 37, en 19 (describe las formas en las que el régimen aprobado por el FDA se ha vuelto ‘anticuado’); Stanley K. Henshaw & Lawrence B. Finer, *The Accessibility of Abortion Services in the United States*, 2001, 35 *Persps. on Sexual & Reprod. Health* 16, 20–21 & tbl.4 (2003) (muestra que el ochenta y tres por ciento de los abortos con medicamentos llevados a cabo en el 2001 usaron un tercio de la dosis de mifepristona aprobada por el FDA).

obediencia incivil de la manera más clara posible, no podemos eliminar varias preguntas difíciles acerca de la especificación de varios de sus elementos. Como explicamos en la Parte I, los doctrinantes de la desobediencia civil continúan discutiendo no sólo en preguntas normativas sino también en cuestiones de definición. Discusiones que van desde el rol que juega la no violencia, hasta el estatus de la acción indirecta, hasta la importancia de la voluntad de aceptar el castigo. Se esperan entonces desacuerdos similares en el caso de la obediencia incivil. Si la definición que nosotros ofrecemos genera futuro desarrollo y discusión, mucho mejor.

El elemento de *conciencia* requiere que el acto sea subjetivamente serio, calculado y basado en convicción sincera. No es necesario que el acto sea moralmente atractivo o que se guíe por los principios fundamentales de justicia. Tampoco implica que el esfuerzo esté limpio de cualquier tipo de interés individual – condición que ni siquiera cumplirían los ejemplos clásicos de desobediencia civil⁴². La barra que hay que superar, en este elemento, es baja. Este criterio de conciencia excluye de la categoría a los comportamientos comerciales o competitivos (una demanda para obtener ganancias pecuniarias, por ejemplo) y a los comportamientos instintivos o impulsivos (un comentario impulsivo, una improvisación malintencionada) que carecen completamente de la seriedad del propósito que se asocia a la desobediencia civil.

En este orden de ideas, el mismo acto puede caer dentro o fuera de la categoría de obediencia incivil dependiendo de las motivaciones del actor⁴³. Si su objetivo no es más que un deseo de beneficio privado, las protestas legales no satisfarían el criterio de conciencia explicado. Por otro lado, las protestas legales motivadas por una crítica normativa más amplia – por ejemplo, acerca de la relación entre administración y trabajo manual o la desconfianza hacia los trabajadores implícita en las reglas mismas – pueden considerarse como conscientes⁴⁴. El criterio de conciencia no excluye el

⁴² Cf. infra notas 233–236 y texto acompañante (explica por qué la fuerza de la convicción requerida para inspirar a la obediencia incivil es posiblemente más débil en promedio que aquella requerida para motivar la desobediencia civil).

⁴³ Para aquellas acciones llevadas a cabo en grupo la mayoría de los individuos involucrados, o al menos sus líderes, deben estar propiamente motivados. Los miembros del grupo que carecen de la conciencia (o de la intención reformista) pueden no ser obedientes inciviles, incluso si sus colaboradores y el acto en sí califican como tales.

⁴⁴ Asumimos que la mayor parte de las acciones de ‘trabajo según las reglas’, como otras formas de protesta laboral, incluyen una mezcla complicada y fluctuante de motivaciones estrechamente instrumentales y ampliamente políticas. Mientras que el último set de motivaciones ejerza una influencia sustancial, creemos que es apropiado caracterizar tales acciones como conscientes.

comportamiento instrumental en sí mismo. La obediencia incivil es una táctica para retar el orden prevalente. Pero debe ser una táctica basada en la creencia genuina sobre lo correcto y lo incorrecto y, como lo discutimos más adelante, debe ser puesta en marcha en miras a lograr una reforma duradera.

La *comunicatividad* requiere que el acto transmita desaprobación frente a una ley o la política. Este mensaje puede ser comunicado performativamente, mediante el acto en sí mismo, o puede ser comunicado verbalmente, mediante comentarios acerca del acto. Si un grupo de manifestantes manejara a cincuenta y cinco millas por hora en una autopista una mañana y nunca anuncia por qué, su comportamiento puede provocar algunos pitos pero no se entendería como una crítica al límite de velocidad – y, de esa manera, no satisfaría el requisito de comunicatividad. Si cientos de motociclistas manejan a cincuenta y cinco al mismo tiempo, su mensaje crítico puede volverse lo suficientemente auto-evidente. Si los motociclistas además le pegan afiches informativos a sus ventanas traseras, el mensaje se volvería aún más evidente⁴⁵. Este criterio generalmente implica la publicidad simultánea sobre el desarrollo de una acción de obediencia incivil y su significado⁴⁶.

La comunicatividad, sin embargo, no requiere necesariamente de emoción. Si está lo suficientemente bien comprendido que un acto específico representa un esfuerzo consciente de perturbar una ley o política, entonces el acto puede definirse como uno de obediencia incivil incluso si la actora misma niega cualquier ambición disruptiva. Lo que importa es el significado social de sus palabras y acciones, no el contenido semántico de su comunicación o explicitación⁴⁷. Los empleados que practican el trabajo según las normas y los legisladores que limitan la medicación del aborto pueden decir que están ‘solamente’ preocupándose por la seguridad del espacio de trabajo o por la salud de las mujeres, pero sus acciones pueden develar una

⁴⁵ Como refleja esta discusión, la obediencia incivil por ciudadanos privados puede requerir de una coordinación en una escala significativa – no solamente para ser efectiva pero también para ser inteligible. Una desobediencia civil puede remorder la consciencia de la comunidad al acostarse en la mitad de una calle transitada. Una posible obediencia incivil no logra nada al manejar al límite de velocidad.

⁴⁶ Decimos “generalmente porque, como sucede con la desobediencia civil, ciertas formas de publicidad ex post razonablemente prontas pueden ser suficientes en los casos en los que la publicidad contemporánea sería excesivamente costosa o auto-destructiva. Supra nota 21 y texto acompañante.

⁴⁷ El significado social hace referencia a “las actitudes y compromisos que se comunican mediante palabras o acciones” en un contexto, que puede no corresponderse con las “palabras que están efectivamente siendo usadas”. *ass R. Sunstein, Social Norms and Big Government, 15 Quinnipiac L. Rev. 147, 154 (1995).*

agenda crítica concerniendo las relaciones laborales o la disponibilidad del servicio de aborto.

La *intención reformista* implica que la actora no solo transmita su desaprobación de una ley o política sino que también aspire a modificarla de alguna forma permanente, una forma que trascienda sus circunstancias individuales⁴⁸. En algunos casos, como en el ejemplo de la protesta del límite de velocidad y en la propuesta de las prestaciones sociales de Cloward y Piven, la obediente incivil puede aspirar a cambiar la ley o política que está cumpliendo extravagantemente. Continuando con la literatura de desobediencia civil, vamos a llamar este fenómeno obediencia incivil *directa*. En otros casos, por ejemplo en el trabajo según las normas y la medicina para el aborto, ella puede usar una ley o política para retar otra, tal como la desobediencia civil puede quebrantar leyes diversas para protestar contra el poder nuclear. Vamos a llamar este fenómeno obediencia incivil *indirecta* y volveremos a la distinción entre directa e indirecta más abajo⁴⁹.

La reforma que busca la obediente incivil puede ser más o menos explícita. La National Motorists Association que protestó el límite de velocidad de cincuenta y cinco millas por hora quería que el Congreso rechazara el estatuto estudiado (una condición promulgada en 1974)⁵⁰. Como objetivo subsidiario o sustitutivo, sin embargo, las obedientes inciviles pueden

⁴⁸ La intención reformista usualmente, pero no siempre, se seguirá de la consciencia como cuando la actora no ha formulado ninguna agenda prescriptiva o cuando el cambio que busca está limitado a su propio caso. Más ampliamente, muchos usos controversiales de la ley no satisfarán alguno o más de los elementos enlistados arriba. Por ejemplo, el juego con los impuestos y el “litigio estratégico contra participación pública” (algunos litigios silenciaron las críticas al cargarlas con el costo de una defensa jurídica) en general, no clasificarán como formas de obediencia incivil porque no son conscientemente desarrolladas para lograr la reforma de la norma o de la política. Pero cf. *Infra* notas 66-67 y texto acompañante (discute el caso inusual de juego con los impuestos que sí cumplió con estos criterios).

⁴⁹ Ver *infra* Parte II.B.3; ver también *supra* notas 8–11 con texto acompañante (describe una distinción directa-indirecta en la literatura sobre desobediencia).

⁵⁰ Ver Meyer, *supra* nota 1 (“Su protesta se dirige a lograr que el Congreso rechace el límite de velocidad federal que se impuso durante el embargo Árabe de petróleo en 1974 y devolverle esa autoridad a los estados.”); ver también *Marks v. Mobil Oil Corp.*, 562 F. Supp. 759, 771–72 (E.D. Pa. 1983) (resume la historia legislativa tras la medida de 1974. El Congreso efectivamente derogó el límite nacional de velocidad dos años más tarde en 1995 tras una disminución en el precio de petróleo crudo. National Highway System Designation Act of 1995, Pub. L. No. 104-59, § 205(d), 109 Stat. 568, 577.

apuntarle a modificar el ‘derecho en acción’⁵¹, sin que implique el derecho en los libros, y de esta forma asegurar que el ambiente socio-legal se acomode mejor a sus creencias. Sería igualmente una forma de obediencia incivil si los manifestantes de la autopista dirigieran su queja a la policía nacional, en lugar de a los legisladores, y les pidieran una práctica no escrita de no persecución de los conductores que manejen bajo las setenta millas por hora.

Como una táctica para la búsqueda de reforma, la obediencia incivil puede ser útil de varias formas, las cuales no son independientes entre sí y pueden combinarse en cualquier caso. De forma muy básica, la obediencia incivil puede reforzar el rumbo hacia la derogación o desuso de una regulación o resaltar su naturaleza objetable. Al cumplir con el límite de velocidad de la autopista, los manifestantes de la National Motorists Association buscaban “demostrar lo ridículo que es manejar a 55, y la frustración que genera en los conductores que son obligados a manejar a esa velocidad”⁵². La obediencia incivil también puede ejercer presión de forma más directa al debilitar la eficacia o eficiencia de una ley, política o institución específica. Con la estrategia del trabajo según las normas, los empleados le hacen extremadamente difícil a la administración manejar un negocio exitoso; ellos suprimen la iniciativa y discreción necesaria para traducir cualquier tipo de directivas formales en un marco de trabajo productivo y cooperativo. En muchos casos, la obediencia incivil busca incrementar el costo social y privado de mantener la ley o política criticada. Al maximizar las cuentas del sistema de prestación social, el plan de Cloward y Piven le apuntaba abiertamente a “precipitar una crisis política y financiera profunda”⁵³.

La *legalidad* es el mayor punto de divergencia con la desobediencia civil. Este criterio consiste en que las directivas de la autoridad deben ser cumplidas en lugar de infringidas, obedecidas en lugar de desobedecidas. Más específicamente, requiere que la obediencia incivil crea razonable y genuinamente que es claro que no está violando ninguna norma o regulación positiva de ninguna jurisdicción⁵⁴. Estas leyes y regulaciones pueden ser de naturaleza pública, como en el caso de un estatuto o una constitución, o

⁵¹ Para comprender la exposición canónica de la distinción entre ‘derecho en acción’ (o las ‘verdaderas reglas’) y el ‘derecho en papel’ (o las ‘reglas en los libros’), ver Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 Am. L. Rev. 12 (1910); ver también Frederick Schauer, *Legal Realism Untamed*, 91 Tex. L. Rev. 749, 750–51 nn.5–6 (2013) (colecciona otras aproximaciones clásicas legal-realistas a esta distinción).

⁵² Meyer, *supra* nota 1 (citando al protestante Al Allen).

⁵³ Piven & Cloward, *Weight of the Poor*, *supra* nota 34.

⁵⁴ De acuerdo con esto, no se trata de obediencia incivil – aunque puede ser desobediencia civil – si una persona viola una ley local X bajo la perspectiva de que X es inválida por ser incompatible con una provisión ‘superior’ de derecho positivo.

pueden ser más privadas, como en el caso de un contrato o un código de conducta⁵⁵. Hablamos en términos de ‘leyes (o derecho)’ y ‘regulaciones’, en plural, porque la conducta de la obediente incivil será a menudo gobernada usualmente por una variedad y combinación de normas legales. Como elaboraremos en la Parte III, el mero hecho de la conformidad escrupulosa con una norma específica (por ejemplo el límite de velocidad) no necesariamente asegura la conformidad con otras normas relevantes (por ejemplo, el derecho de los vehículos de emergencia a la vía). La legalidad, como nosotros la usamos, exige que no haya ningún tipo de vulneración evidente de la ley.

La legalidad es una función tanto del entendimiento subjetivo de la actora como de la visión predominante de lo que cuenta como ajustado a la ley en un contexto específico. No puede descartarse, no obstante, que un oficial a cargo del cumplimiento de la ley o juez determinen que el acto de obediencia incivil sea realmente prohibido en algún caso – por ejemplo, si se alega que el mismo frustra excesivamente el espíritu o propósito de la norma – tal como no siempre puede excluirse la posibilidad de que un juez en última instancia considere un acto de desobediencia civil como permitido⁵⁶. El aspecto crítico es que, en el momento en el que el acto se lleva a cabo, no debe ser aparente para la obediente incivil o para los observadores informados que su comportamiento está prohibido. La simple evasión no cuenta. La obediente incivil debe creer que su comportamiento se adapta verdaderamente a las normas legales relevantes, no sólo que es muy poco posible que sea atrapada y castigada⁵⁷. De la misma forma, la conducta que se lleve a cabo para hacer presión sobre una decisión de un caso difícil, con la esperanza de que una corte reconozca una nueva teoría legal o resuelva una incertidumbre legal pendiente de solución, no cuenta como obediencia incivil en tanto que la decisión de hacer tal acción refleja la duda significativa sobre la legalidad de la conducta.

Una implicación importante del criterio de legalidad es que la obediente incivil no debe evidenciar ninguna voluntad de someterse a un castigo por parte de las autoridades, pues no se anticipa ninguna sanción legal. Sin embargo, una gran cantidad de sanciones informales sí pueden seguirle a un

⁵⁵ Al decir que la legalidad requiere de conformidad con las obligaciones generadas de forma tanto privada como pública, nos alineamos con aquellos que definen la desobediencia civil en términos similarmente expansivos. Ver supra nota 10.

⁵⁶ Ver supra notas 12-14 y texto acompañante (muestra este rasgo de la desobediencia civil).

⁵⁷ El comportamiento evasivo puede no encajar en la categoría de obediencia incivil por razones adicionales como, por ejemplo, que carece de la intención comunicativa o reformista.

episodio de obediencia incivil⁵⁸. Los motociclistas que manejan a cincuenta y cinco en la autopista pueden esperar que se les vaya a pitar y a insultar⁵⁹. Los empleados que ‘trabajan según la norma’ pueden ser ridiculizados, acosados o peor. Pero ya que la obediencia incivil debe creer genuina y razonablemente que sus acciones no quebrantan ninguna ley, no esperará ser castigada con una amonestación oficial, multa, sentencia penal o cualquiera de estas sanciones de este estilo.

Dado que el sistema legal ha establecido amplias prohibiciones concerniendo los actos de violencia premeditada, se sigue también del criterio de legalidad, que la obediencia incivil tendrá un carácter, casi siempre, no violento. Mientras que la no violencia que acompaña usualmente la desobediencia civil mitiga la violación de la ley, la no violencia asociada a la obediencia incivil refleja el hecho de que no ha ocurrido ninguna violación.

Finalmente, la *provocación legal* se refiere a que el acto, aunque concebido como ajustado a derecho, le debe parecer a otras personas provocativo o subversivo – y les parece provocativo y subversivo al menos, en parte, *precisamente por ser tan ajustado a la ley*. De cierta forma, los miembros de la National Motorists Association se comportaron de forma extraordinariamente poco excepcional cuando manejaron a cincuenta y cinco en la autopista. Simplemente siguieron las reglas tal y como están escritas. Pero teniendo en cuenta la costumbre local, su decisión de respetar el límite establecido era una conducta fuera de lo común, poco convencional, escandalosa incluso, que es la razón por la cual atrajo tanta atención y funcionó como protesta. La obediencia incivil, entonces, tiene un aspecto intencional y convencional significativo. Identificar su existencia exige un nivel de familiaridad con (o inferencias sobre) no sólo las motivaciones de la actora sino también las normas del ambiente socio-legal en el que ella está operando.

⁵⁸ Ver infra Parte III.C (considera la regulación informal de la obediencia incivil).

⁵⁹ Ver Mark A. Edwards, Law and the Parameters of Acceptable Deviance, 97 J. Crim. L. & Criminology 49, 58 (2006) (“[E]l conductor inaceptablemente obediente puede hallarse a sí mismo sujeto a sanciones tales como pitos, señales con luces, gestos obscenos ...”) ver también Meyer, supra nota 1 (describe las respuestas iracundas de los demás conductores frente a la protesta de la National Motorists Association). Como observa de manera general Mark Edwards, las “instituciones formales de ejecución no están bien equipadas para sancionar normativamente el comportamiento legal inaceptable, ya que la justificación reconocida para su intervención – violación de la ley formal – no está disponible”, Edwards, supra, en 77, “[l]as sanciones sociales pueden esperarse frente a los comportamientos que son formalmente obedientes pero normativamente inaceptables”, id. at 58.

Exploraremos el criterio de la provocación un poco más en la Parte II.B. Acá solamente enfatizaremos en el punto que el cumplimiento de una directiva proveniente de una autoridad por parte de una obediente incivil debe ser en sí misma provocativo⁶⁰. Oradores de tarima y boicoteadores consumidores emiten infinitas oraciones y renuncian a una cantidad de productos de formas que son conscientes, comunicativas, dirigidas a una reforma, y ajustadas a derecho. No obstante, sus esfuerzos, típicamente, no califican como obediencia incivil pues no hay nada de su obediencia a la autoridad que los distinga en su intervención. Ellos actúan de forma legal pero no legalísticamente⁶¹. La obediencia incivil, en contraste, busca subrayar y explotar el carácter peculiar de su cumplimiento. Tal como la desobediencia civil ostenta y exhibe su violación de la ley, la obediente incivil exhibe su cumplimiento de la misma.

Es este aspecto provocativo de la obediencia incivil el que reescribe su ‘civismo’. Los comportamientos bajo estudio desafían normas ampliamente reconocidas sobre cómo, en un ambiente dado, se relacionan las personas con el derecho, y al hacerlo, presentan una gran amenaza para la cortesía social y el orden⁶². Como la desobediencia civil, la obediencia incivil es un concepto relativo. Tal como la desobediencia civil es notablemente más ‘civil’ que el incumplimiento ordinario de la ley, la obediencia incivil es notablemente menos ‘civil’ que el seguimiento ordinario de la ley. La desobediencia civil es civil porque demuestra un respeto inigualado por la ley y por el decoro, teniendo en cuenta que fomenta la ilegalidad. La obediencia incivil es incivil en la medida en que demuestra un irrespeto desigual por los principios de la

⁶⁰ Pero más allá del alcance de este estudio sería posible extender la idea de obediencia incivil a normas no-escritas, no totalmente legales, como en el cumplimiento exagerado de las normas de etiqueta, por ejemplo. Cf. infra notas 247–249 y texto acompañante (discute el concepto relacionado de James Scott sobre las “críticas dentro de la hegemonía”).

⁶¹ Ver Legalism Definition, Webster’s Third New International Dictionary of English Language 1290 (3d ed. unabr. 1993) (define “legalismo” como “la excesiva dependencia en los principios y prácticas legales, especialmente los interpretados literalmente”). La mayoría de los comportamientos socialmente provocadores que son legales – desde hablar en voz alta para hacer solicitudes extravagantes hasta vestirse como un pollo – no son provocadores en la forma en que se relacionan con el derecho. Aunque es inherentemente borrosa en sus márgenes, la distinción que estamos dibujando entre comportamiento legalmente provocador y otras formas de comportamiento provocador es, ni más (ni menos) problemática que la bien-establecida distinción entre comportamiento legalista y otras formas de comportamiento legal.

⁶² Cf. Uncivil Definition, id. en 2485 (define “incivil” como, inter alia, “carente de cortesía” o “no promovedor de armonía y bienestar cívico”).

costumbre y la moderación, incluso cuando se agarra a la legalidad formal. El oxímoron incluido en las etiquetas captura esas tensiones internas⁶³.

B. *Refinamientos*

La obediencia incivil puede definirse entonces como un acto consciente, comunicativo y con intención reformista que expresa una crítica, irónicamente, a través del cumplimiento de la ley en lugar de su violación. Sin embargo, como sucede con la desobediencia civil, cualquier intento de reunir semejante rango tan amplio de comportamientos bajo un encabezado único genera complicaciones en la clasificación. En esta parte exploramos unas preguntas adicionales sobre la delimitación de la obediencia incivil y ofrecemos más ejemplos del fenómeno para poner a prueba la exposición ofrecida más arriba. De nuevo, nuestro objetivo no es generar una guía exhaustiva sobre la obediencia incivil sino más bien proveer una guía útil – y, al hacerlo poner el tema en el mapa intelectual.

1. *Provocación legal* – La provocación legal – el requisito de que el acto le impacte a los demás como impulsivo o escandaloso en su misma adherencia a la ley – es el elemento más distintivo de la obediencia incivil como la hemos definido. Este elemento tiene el mismo peso para la obediencia incivil que tiene la violación de la ley para la desobediencia civil. Es ese quebranto de la ley sobre cualquier otro aspecto lo que distingue a la desobediencia civil de otras formas convencionales de protesta; y es la provocación legal lo que hace diferente a la obediencia incivil. Sin embargo, mientras que la violación de la ley se toma generalmente como una propuesta bastante clara en la literatura de desobediencia civil⁶⁴, la provocación legal admite grados y asume distintos disfraces que merecen ser estudiados por separado.

⁶³ Aunque creemos que la etiqueta de “obediencia incivil” es la más ajustada pues resalta el carácter irónico de estas prácticas y las compara con aquellas propias de la desobediencia civil, cf. Supra nota 3 (explica el sentido en el que usamos ‘obediencia’), no queremos que la etiqueta en sí opere de forma crítica. Los actos de incivildad pueden estar completamente justificados en ciertas circunstancias. En lo que asumimos fue un esfuerzo por aislar las connotaciones positivas de la “desobediencia civil”, los manifestantes del límite de velocidad mencionados en el texto principal denominaron su protesta el Día Nacional de Obediencia Civil. Meyer, supra nota 1.

⁶⁴ Ver, e.g., Brownlee, Civil Disobedience, supra nota 6 (describe la desobediencia civil como “invariablemente ilegal”, sin más explicación). La desobediente civil, se asume, *quiere* ser percibida como trasgrediendo una norma positiva aplicable. Así surjan preguntas sobre si su trasgresión fue o no justificada por principios de derecho superiores, típicamente no existe una disputa sobre si una trasgresión prima facie sí ocurrió.

¿Cómo logra, bajo cualquier supuesto, el cumplimiento de la ley ser provocativo? La paradoja superficial se disuelve tan pronto se traen a consideración las normas sociales informales que moldean las expectativas sobre cómo será seguida y aplicada cada directiva. Estas normas pueden ser quebrantadas incluso cuando la directiva en sí misma no lo es. La provocación sucede en la brecha entre las reglas oficiales y las costumbres no oficiales que coexisten en un área específica⁶⁵, o entre la letra de la ley y su propósito o espíritu percibido, y en la atención que se llama sobre esta brecha. Tal como algunos tipos de violación de la ley (manejar a cincuenta y siete millas por hora en la autopista) pueden no quedar consignados como inusuales o desconsiderados por razón de esta brecha, algunos tipos de cumplimiento de la ley pueden generar la reacción opuesta⁶⁶.

La provocación legal puede ser especialmente legible cuando el acto de obediencia incivil se aleja no sólo de las normas sociales y objetivos regulatorios sino también de los intereses inmediatos de la actora. Los estadounidenses en su mayoría asumen que los motociclistas no quieren manejar a cincuenta y cinco en la autopista y que los trabajadores no quieren cumplir robóticamente órdenes. Cuando estos comportamientos ocurren, puede hacerse mucho más evidente que su ajuste a las normas tiene un manto crítico. Incluso cuando la provocación no arrastra tal forma de sacrificio, igualmente está marcada siempre por la dedicación inusual, intensa y ostentosa de la actora por la legalidad técnica de su protesta.

La provocación legal tiende a tomar una de varias formas básicas. Los casos más simples involucran una orden legal dirigida a varios miembros del público. En algunos (relativamente escasos) casos, el mismo hecho de cumplir con la orden puede ser provocativo. El caso de la protesta del límite de velocidad es un ejemplo. Los miembros de la National Motorists Association manejaron justamente tan rápido como lo permitía la norma. Sin embargo, su acción llegó a los titulares porque en las autopistas de California

⁶⁵ Esta 'área' puede tratarse de un dominio físico, como es el caso de una autopista particular o un espacio de trabajo, o puede tratarse de un dominio regulatorio, como es el caso de la regulación de impuestos o el sistema de prestaciones sociales. En cualquier caso, la obediente incivil debe desafiar las prácticas o expectativas que se siguen o que se respetan en general en la comunidad de las personas que está regida por la ley del área. Nuestra intención es que esta formulación sea un poco flexible. Las preguntas sobre qué tan ampliamente respetada debe ser la práctica o expectativa, y sobre cómo marcar las barreras de un área relevante o comunidad, no pueden, desde nuestro punto de vista, ser contestadas ex ante con precisión.

⁶⁶ Cf. Edwards, supra nota 56, en 57 (observa la existencia de comportamientos que son formalmente ilegales pero que se ajustan a los "parámetros de desviación aceptable" construidos socialmente, y la existencia de comportamientos que son formalmente legales pero que están por fuera de tales parámetros).

del Sur, la ‘ley como acción’ divergía tan dramáticamente del “derecho en los libros’ que cumplir la última era en sí mismo percibido como un acto desafiante⁶⁷.

En otros casos, es el nivel del cumplimiento de una directriz oficial el que puede ser provocador. El ‘trabajo según las reglas’ explota esta posibilidad. Los administradores asumen que los empleados van a responder a las órdenes y van a respetar los términos de sus contratos – pero no exacta y exclusivamente, no robóticamente. El cumplimiento absoluto es tan inconsistente con las normas del espacio de trabajo y con los deseos de los administradores que es experimentado como un tipo de sabotaje no violento, el equivalente a una ‘huelga en el trabajo’⁶⁸.

Los métodos inusuales de cumplimiento, al igual que los métodos alternativos que evitan la obligación de cumplir, también pueden ser provocativos⁶⁹. La protesta de Angela y David Boyter en contra de la sanción del impuesto federal al matrimonio ofrece una ilustración colorida de estos métodos. Al darse cuenta de que su carga de impuestos sería significativamente más baja si se reportaban como solteros, y al realizar que el código tributario establece que el estatus marital de un año dado depende únicamente de si se está casado para el 31 de Diciembre, los Boyters empezaron a divorciarse cada diciembre y volver a casarse en cada enero⁷⁰. Gastaron el dinero que se ahorraron en un viaje lujoso y usaron sus divorcios vacacionales anuales para ridiculizar y llamar atención sobre la sanción al matrimonio. Con el objetivo aparente de reforzar en lugar de flexibilizar la regulación federal, el comediante Stephen Colbert se burló recientemente de

⁶⁷ Ver id. en 50 (explica que además de la “reconocida brecha entre el ‘derecho en papel’, o derecho formal, y el ‘derecho en acción’”, hay “una brecha paralela entre el ‘derecho en papel’ y el derecho que efectivamente se aplica o ejerce); ver también supra nota 48 con texto acompañante (hace énfasis en la distinción entre reglas ‘reales’ y ‘de papel’).

⁶⁸ Ver, e.g., Jeremy Brecher, *Strike!* 251 (revisado ed. 2014) (explica que las demoras en el trabajo y las acciones de ‘trabajo según las reglas’ eran tácticas laborales comunes en los años 1930s y eran conocidas como formas de “la consciente retirada de la eficiencia”, “huelga en el trabajo”, o “sabotaje”).

⁶⁹ En el contexto constitucional, Mark Tushnet define los ‘rodeos’ o workarounds como situaciones en las que “al encontrar un extracto del texto constitucional que obstruye nuestra habilidad para alcanzar un objetivo deseado, trabajamos alrededor de ese extracto usando *otros* extractos – y lo hacemos (obviamente) sin distorsionar las herramientas que usamos”. Mark Tushnet, *Constitutional Workarounds*, 87 *Tex. L. Rev.* 1499, 1503 (2009).

⁷⁰ Ver Michael J. Graetz, *The Decline (and Fall?) of the Income Tax* 35–39 (1997) (discute la protesta de los Boyter); Jill Elaine Hasday, *Family Law Reimagined* 54 (2014) (igual).

las reglas de la Comisión Federal Electoral que prohíben la ‘coordinación’ del comité de acción política (PAC) con candidatos electorales, creando un Súper PAC y dándole la dirección a Jon Stewart para que Colbert pudiera lanzarse a la presidencia y se presentó en el show de Stewart para ‘no coordinar’ con él sobre cómo se gastaría el dinero del Súper PAC⁷¹. Más llamativa aún es la historia de la mujer filósofa que protestó contra la regla de ‘no pantalones’ para las mujeres en un establecimiento, al bajarse los pantalones y exigir que se le diera entrada⁷².

Ejemplos menos ingeniosos sobre cumplimiento subversivo aparecen en las noticias con cierta regularidad. Muchos contribuyentes de impuestos y conductores que pagan peajes, por ejemplo, han comunicado su crítica al pagar la suma requerida en monedas de baja denominación⁷³. Mientras que el trabajo según las normas es provocativo porque tiene una fijación por los

⁷¹ Después de reconocer que la ley de elección federal le permitió expresar su apoyo del Super PAC mientras lo comunicara pública en lugar de privadamente, Colbert llegó preparado con un set de televisión de cartón y anunció su postura desde el set, todo esto mientras estaba sentado en el escritorio de Stewart. Katla McGlynn, Jon Stewart, Stephen Colbert Expose More Super PAC Loopholes Without “Coordinating,” *Huffington Post* (Jan. 18, 2012, 9:01 AM), http://www.huffingtonpost.com/2012/01/18/jon-stewart-stephen-colbert-expose-super-pac-loopholes_n_1212670.html (en archivo con la *Columbia Law Review*) (última actualización Feb. 23, 2012, 7:44 AM). Para realmente dejar claro este punto, el Super PAC de Colbert, originalmente titulado “Americans for a Better Tomorrow” (Estadounidenses por un mejor mañana), tuvo un cambio de nombre no-oficial a “The Definitely Not Coordinating with Stephen Colbert Super PAC” (Definitivamente no coordinando con el Super PAC de Stephen Colbert) después de que Colbert fue asignado como el líder del proyecto. Under New Management!, Colbert Super PAC, <http://www.colbertsuperpac.com/archive/011212a.html> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (última visita, Mar. 16, 2015).

⁷² Jane O’Grady, Elizabeth Anscombe, *Guardian* (Jan. 10, 2001), <http://www.theguardian.com/news/2001/jan/11/guardianobituaries.highereducation> (en archivo con la *Columbia Law Review*). Aunque algunos pueden preferir limitar el concepto de obediencia incivil a las protestas en contra de las leyes o políticas gubernamentales, para nosotros al menos algunos códigos de conducta privados pueden estar también incluidos. *Supra* notas 51–52 con texto acompañante.

⁷³ Ver, e.g., John Del Signore, Drivers Protest Verrazano Bridge Toll with Pennies, *Gothamist* (May 19, 2009, 3:10 PM), http://gothamist.com/2009/05/19/drivers_protest_verrazano_bridge_to.php (en archivo con la *Columbia Law Review*) (“[H]abitantes cansados de Staten Island interrumpen el tráfico en los peajes del puente Verrazano por cerca de 20 minutos ayer al pagar lentamente el peaje de diez dólares en peniques para protestar contra el aumento inminente); ver también Jim Shea, It’s Time to Eliminate the Dreadful Penny, *Hartford Courant*, Mar. 5, 2014, at D1 (“Partiendo del penique como forma de protesta, asumámoslo, el pago de impuestos o multas en peniques carece de originalidad hasta el punto de ser ‘flojo’”).

términos precisos de una instrucción, esta táctica aprovecha que las directivas oficiales siempre cometen el error de no prever todos los detalles y contingencias. Bajo ciertas condiciones, los silencios resultantes pueden ser llenados de formas contradictorias pero legales⁷⁴.

Aunque el caso típico de la obediencia incivil implica el cumplimiento hiperbólico de las reglas que le dicen a las personas cómo tienen que comportarse, la provocación legal también puede ocurrir mediante usos heterodoxos de sus derechos y privilegios que le dan a las personas la *opción* de comportarse de una forma u otra. Nuestra etiqueta en este caso es menos afortunada: puede sonar extraño hablar de ‘obediencia’ con relación a un derecho o privilegio que está formulado en términos discrecionales. Pero no hay nada raro en visualizar una brecha entre lo que está técnicamente permitido por esas leyes y lo que permitirían las costumbres o acuerdos prevalentes. Cuando los disidentes se enfocan en esa brecha, también pueden generar provocación a través de su respeto y perverso seguimiento del lenguaje jurídico. El plan de Cloward y Piven que buscaba derrotar el sistema de prestación social mediante la total participación de los individuos aptos, nos muestra un ejemplo de esto⁷⁵.

El punto elemental que reivindicaban de Cloward y Piven – que el sistema de prestaciones sociales podía colapsar por un cambio estratégico en el número o tipo de reclamos legales que se le hacían, incluso cuando esos reclamos eran enteramente válidos – tiene una aplicación más amplia⁷⁶. En años recientes, por ejemplo, activistas de derechos humanos han propuesto organizar a miles de defensores penales para que rechacen la reducción de la pena por

⁷⁴ Dependiendo de la jurisdicción y del asunto en el que se ejecutan estos comportamientos, algunas variantes pueden ir en contra de las prohibiciones legales separadas, tales como un límite del número de peniques que pueden usarse en dadas transacciones o una prohibición general de llevar a cabo conductas revoltosas, y de tal forma no clasificarían como obediencia incivil. Ver infra Parte III. A (explica este punto).

⁷⁵ Ver supra notas 34–35 con texto acompañante (resume el plan de Cloward y Piven). Pronto mostraremos una serie de ejemplos contemporáneos que incluyen la llamada a quórum, los ‘holds’ y otros privilegios procedimentales que tienen los senadores de partidos minoritarios. Ver infra notas 96–102 con texto acompañante.

⁷⁶ Este es el caso a través y al interior de las jurisdicciones. Para un ejemplo de la sobrecarga administrativa en el Reino Unido ver Mark Thomas, *So Many Causes, So Little Time*, *Guardian* (Oct. 11, 2006, 8:10 PM), <http://www.theguardian.com/politics/2006/oct/12/houseofcommons.comment> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (describe la ola de “protestas masivas de préstamos”, al igual que las protestas seriales del mismo autor en respuesta a la ley del Reino Unido que requiere de un permiso para todas las demostraciones cerca de las Casas del Parlamento).

declaración de culpa e insistan ir a juicio. Las declaraciones de culpa y su subsiguiente renuncia del derecho a juicio muy posiblemente merecerían el interés inmediato no sólo de los fiscales y jueces sino también de muchos defensores. Sin embargo, el objetivo amplio es “derrumbar el sistema de administración de justicia”⁷⁷. “Si todas las personas procesadas por algún crimen súbitamente ejercieran sus derechos constitucionales”, dice Michelle Alexander, “no habría suficientes jueces, abogados o celdas en prisión para lidiar con el subsiguiente tsunami de litigios”, y el caos resultante forzaría una disminución extrema de los casos penales y el fin de la encarcelación masiva⁷⁸.

Aunque ese tipo de obediencia incivil no ha ocurrido a escala nacional⁷⁹, la premisa de Alexander es bastante antigua⁸⁰, y hay variantes de su propuesta que sí se han puesto en práctica. Varias oficinas de defensores públicos han llevado a cabo ‘huelgas generales’, insistiendo que haya juicios para todos sus clientes para cambiar así la forma en que los jueces y los fiscales aplican el derecho penal⁸¹. En Los Angeles, por ejemplo, los defensores públicos, en un punto aparentemente se rehusaron a permitir la declaración de culpa por parte de sus clientes acusados de prostitución hasta que las políticas de las penas de tal ofensa fueran modificadas⁸².

2. *Actores gubernamentales o funcionarios públicos* – La provocación legal no se limita a las acciones realizadas por los ciudadanos o sus abogados. Los funcionarios públicos y las entidades gubernamentales también pueden aprovechar tal herramienta. Una virtud del concepto de obediencia incivil, desde nuestro punto de vista, es que ayuda a dilucidar continuidades metodológicas entre el disenso público y el privado.

⁷⁷ Michelle Alexander, Op-Ed, Go to Trial: Crash the Justice System, N.Y. Times (Mar. 10, 2012), http://www.nytimes.com/2012/03/11/opinion/sunday/go-to-trial-crash-the-justice-system.html?_r=0 (en archivo con la *Columbia Law Review*).

⁷⁸ Id.; cf. Jenny Roberts, Crashing the Misdemeanor System, 70 Wash. & Lee L. Rev. 1089 (2013) (explora los posibles ajustes y extensiones de la propuesta de Alexander enfocándose en delitos menores).

⁷⁹ Ver en general Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, The Prisoners’ (Plea Bargain) Dilemma, 1 J. Legal Analysis 737 (2009) (discute los problemas a los que se enfrentan los accionantes de las acciones colectivas)

⁸⁰ Ver, e.g., Henry T. Lummus, The Trial Judge 46 (1937) (“Si todos los accionantes se coordinaran para rehusarse a declararse culpables, y se atrevieran a mantenerse en firme durante el proceso, destruirían la administración de justicia en cualquier estado de la Unión”).

⁸¹ Ver Albert W. Alschuler, The Defense Attorney’s Role in Plea Bargaining, 84 Yale L.J. 1179, 1249 (1975) (describe las huelgas generales como “una forma espectacular de poder de negociación que puede ejercer un defensor público”).

⁸² Ver id. en 1251 (recuenta este episodio).

Consideraremos, brevemente, el caso especial de la legislación subnacional⁸³. Pero la forma más fácil de reconocer la provocación legal en el gobierno puede ser aquella de las tácticas de ejecución maximalista que han sido adoptadas por ciertos directores ejecutivos de las entidades. Tal y como el seguimiento absoluto de normas no es común ni deseado en muchas áreas del derecho, tampoco lo es la ejecución absoluta⁸⁴. Sin una instrucción legislativa específica para hacerlo, existen muy pocas razones para esperar que un ejecutivo implementará cualquier directiva específica o perseguirá cualquier prohibición hasta erradicar su vulneración hasta tal punto de llegar al costo inevitable de agotar los recursos disponibles para otras responsabilidades. La ejecución total, entonces, puede verse como el mejoramiento más no el perfeccionamiento del orden socio-legal existente.

Por ejemplo, cuando Theodore Roosevelt se volvió el jefe del New York Police Commission en los 1890s, comenzó a aplicar de manera muy estricta las leyes que establecían que las cantinas debían cerrar los domingos. Antes, estas leyes habían sido rara y selectivamente ejecutadas y sólo, según Roosevelt, “para chantajear y cansar a los dueños de las cantinas esclavos del Tammany Hall”⁸⁵. Roosevelt estableció que su acercamiento podría precipitar el rechazo de la norma de cerrar en los domingos y, más aún, “evitar que la legislatura pasara leyes que no estuvieran pensadas para ser efectivamente ejecutadas”⁸⁶. Roosevelt argumentó que su visión podría precipitar el rechazo frente a la ley que obligaba cerrar los domingos e, incluso, “prevenir al Legislador para no seguir aprobando leyes que no están destinadas a ser ejecutadas”. Así, ejemplificó el gran dictum del Presidente

⁸³ Ver infra Parte II.B.4.

⁸⁴ Cf. Edwards, supra nota 56, en 80 n.137 (“O un ejercicio o una obediencia absolutos detendrían estrepitosamente cualquier sociedad en marcha”)

⁸⁵ Mr. Roosevelt Answers, N.Y. Times (July 17, 1895), <http://query.nytimes.com/mem/archivefree/pdf?res=9C04E2DA103DE433A25754C1A9619C94649ED7CF> (en archivo con la *Columbia Law Review*).

⁸⁶ Id. Ver en general Doris Kearns Goodwin, *The Bully Pulpit* 209–10 (2013) (discute la política estricta de Roosevelt). Como observó un periodista en ese momento: El razonamiento de [Roosevelt] tenía toda la simplicidad propia de algo original. Fue asignado para ejercer las leyes como aparecían en los libros y estatutos. Las aplicó. Eso fue la originalidad; casi nunca se había hecho ... Cuando los ciudadanos prominentes y los periódicos influyentes protestaron, él contestó: “Estoy en este puesto para ejercer la ley como la encuentro. Eso es lo que haré. Si no les gusta la ley, pidan su derogación.” Ray Stannard Baker, *Theodore Roosevelt: A Character Sketch*, McClure’s Mag., Nov. 1898, at 23, 30, disponible en <http://www.unz.org/Pub/McClures-1898nov-00023> (en archivo con la *Columbia Law Review*).

Ulysses Grant: “No conozco ningún método para asegurar el rechazo de leyes malas o inútiles tan efectivo como su ejecución astringente”⁸⁷.

El no hacer cumplir una ley, por el contrario, no clasificará, en circunstancias generales, como una provocación legal. En el sistema constitucional estadounidense, una política de no cumplimiento presidencial atraviesa directamente la Take Care Clause (cláusula de cuidado) y su requisito de “que las leyes sean fielmente ejecutadas”⁸⁸. Algunos creen que el no cumplimiento puede ser justificado cuando la ley en cuestión es claramente inconstitucional o en otras circunstancias⁸⁹. Pero si una política de no cumplimiento es provocativa, no lo es porque exhibe su legalidad formal sino porque coquetea peligrosamente con la ilegalidad. La capacidad de declarar la nulidad por parte del jurado es similar en este sentido, por lo menos en las muchas jurisdicciones en donde su legalidad es negada por los jueces y otras autoridades⁹⁰. (En esas jurisdicciones en las que el poder del jurado de declarar una nulidad es reconocido en la constitución o, de cualquier manera, claramente establecido⁹¹, un esquema explícito y con intención reformista de

⁸⁷ Ulysses S. Grant, First Inaugural Address (Mar. 4, 1869), disponible en http://avalon.law.yale.edu/19th_century/grant1.asp (en archivo con la *Columbia Law Review*). Más recientemente, los críticos han afirmado que la Administración de la Agencia de protección del medio ambiente del presidente Reagan estaba interpretando el Clean Air Act de forma “deliberadamente rígida” para “impulsar al Congreso a modificar” el estatuto. Philip Shabecoff, Mrs. Gorsuch as a Crusading Tiger? Critics Wonder Why, N.Y. Times (Dec. 26, 1982), <http://www.nytimes.com/1982/12/26/weekinreview/mrs-gorsuch-as-a-crusading-tiger-critics-wonder-why.html> (en archivo con la *Columbia Law Review*); ver también id. (“Mrs. Gorsuch dijo que la imposición de sanciones sería ‘un paso poco sano y regresivo ... Pero yo siempre dije que cumpliría mi juramento y mis deberes de funcionario...”).

⁸⁸ Const. De EEUU art. II, § 3.

⁸⁹ Ver, e.g., Presidential Authority to Decline to Execute Unconstitutional Statutes, 18 Op. O.L.C. 199 (1994) (defiende esta proposición general y sugiere factores que deberían tener peso en las decisiones de no-ejecución).

⁹⁰ Ver en general Andrew J. Parmenter, Note, Nullifying the Jury: “The Judicial Oligarchy” Declares War on Jury Nullification, 46 Washburn L.J. 379, 402–10 (2007) (clasifica los esfuerzos de los jueces estadounidenses por prevenir y deslegitimar la nulidad del jurado). La nulidad por parte del jurado ocurre cuando un miembro del jurado absuelve a un procesado porque quiere mandar un mensaje sobre algún asunto de importancia social que es más grande que el caso en sí mismo o porque el resultado dictado por la ley es contrario al sentido de justicia, moralidad o equidad del jurado”. Black’s Law Dictionary 989 (10th ed. 2014). En los casos en los que el razonamiento de los miembros del jurado, incluyendo su posible insatisfacción con la ley, permanezca oscuro para el mundo externo, la nulidad contribuiría aún más a la falla en el requisito de comunicación de la obediencia incivil.

⁹¹ Ver Parmenter, supra nota 87, en 391 (afirma que Georgia, Indiana, y Maryland

la nulidad – tal como la propuesta de Paul Butler de remediar el impacto racial en nuestras leyes frente a las drogas⁹² – podría contar como obediencia incivil).

Mientras que usualmente el no-ejercicio no será provocativo en la manera necesaria, algunas prácticas que son similares en su efecto, pero diferentes respecto a su postura legal, sí pueden serlo. En años recientes, la rama ejecutiva ha tomado una actitud general frente a cláusulas de renuncia (waiver) frente a provisiones de leyes federales para alterar dramáticamente panorama regulatorio⁹³. El No Child Left Behind Act del 2001 (Ningún niño será dejado atrás), por ejemplo, autoriza al Secretario de Educación para que “obvie cualquier requisito estatutario o regulatorio” del Act, con ciertas excepciones⁹⁴. La administración de Obama ha usado esta permisión para garantizar a más de cuarenta estados excepciones frente a los requisitos onerosos contenidos en la ley – y, al hacerlo, ha les ha pedido a esta esta súper-mayoría de estados que se ajusten a su punto de vista y política de educación amplia y sólida⁹⁵. Frustrado por el fracaso del Congreso para modificar el No Child Left Behind, el ejecutivo ha desarrollado “una revisión administrativa casi completa” del estatuto, todo de acuerdo con los términos expresos del estatuto⁹⁶.

tienen provisiones constitucionales así).

⁹² Ver Paul Butler, *Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System*, 105 *Yale L.J.* 677, 680 (1995) (propone las nulidades del jurado como el medio para subvertir la opresión racial en el sistema penal y estimular la “implementación de ciertas formas no-penales de tratar la conducta antisocial”).

⁹³ Ver en general David J. Barron & Todd D. Rakoff, *In Defense of Big Waiver*, 113 *Colum. L. Rev.* 265, 267 (2013) (explica, bajo el caso ‘big waiver’, que las agencias del ejecutivo dicen tener la autoridad estatutaria para decidir si las políticas adoptadas por el Congreso deben ser dispensadas o reemplazadas).

⁹⁴ No Child Left Behind Act of 2001, Pub. L. No. 107-110, § 9401(a), 115 Stat. 1425, 1972 (2002) (codified at 20 U.S.C. § 7861(a) (2012)).

⁹⁵ Ver U.S. Dep’t of Educ., *ESEA Flexibility*, <http://www2.ed.gov/policy/elsec/guid/esea-flexibility/index.html> (on file with the *Columbia Law Review*) (última modificación Feb. 25, 2015) (indica que a cuarenta y tres estados se les han garantizado renunciaciones ‘waivers’).

⁹⁶ Barron & Rakoff, *supra* nota 90, en 268. En palabras de la Casa Blanca, debido a que el No Child Left Behind Act estaba “en el camino del progreso estatal” y el Congreso no estaba dispuesto a modificar la ley, la “Administración procedió a garantizarle flexibilidad a los estados frente a la ley – como estaba autorizado por las provisiones de la ley misma.” White House, *Reforming No Child Left Behind*, <http://www.whitehouse.gov/issues/education/k-12/reforming-no-child-left-behind> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (última visita Mar. 5, 2015). Como candidato presidencial, Mitt Romney se comprometió a eliminar el Affordable Care Act legalmente de forma similar a pesar de que los críticos señalaron que solamente ciertas provisiones de la ley estaban sujetas a la renuncia. Ver Julie Rovner, *Can*

La aplicación judicial de la ley tiene pocas posibilidades de clasificarse como obediencia incivil por una serie de razones. En la práctica estadounidense contemporánea, se espera de los jueces, particularmente, que sigan cuidadosamente la letra de la ley⁹⁷. Incluso cuando interpretan una directiva de forma literal, raramente será entendida como una intervención irónica o incendiaria; es más probable que sea vista como una decisión judicial ordinaria. También muchos creen de los jueces que son intérpretes de autoridad de los textos legales, y sus decisiones son percibidas como un desarrollo de la ley que yace en su base en lugar de ser percibidas como un cambio o reto al derecho en términos de forma reformistas. Aunque podemos imaginarnos ejemplos hipotéticos de jueces comunicando un intento reformista a través de el seguimiento subversivo del lenguaje legal, por ejemplo, un juez dictando una sentencia en el tope de los lineamientos de las penas para protestar las penas y sanciones draconianas⁹⁸, y aunque nuestras categorías pueden extenderse para abarcar más comportamientos judiciales, somos escépticos sobre la prevalencia de la obediencia incivil judicial como definimos el concepto.

Finalmente, es importante mencionar que la provocación legal puede ocurrir al interior de, y no solo alrededor de, instituciones del gobierno. Podemos evidenciar esto vívidamente en el Senado estadounidense contemporáneo. En los últimos años, los senadores de partidos minoritarios se han recostado sobre una amalgama de privilegios procedimentales para sabotear medidas que se han vuelto ley o están en el proceso de serlo. Estos senadores han

Mitt Romney Really Repeal Obamacare?, NPR (Oct. 30, 2012, 4:00 AM), <http://www.npr.org/2012/10/30/163929221/can-romney-really-repeal-obamacare> (en archivo con *Columbia Law Review*) (cita a Romney diciendo “En el primer día de mi administración, le exigiré a la secretaria de Salud y Servicios Humanos que garantice la renuncia a Obamacare en los 50 estados”).

⁹⁷ Cf. Victoria F. Nourse, *A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules*, 122 *Yale L.J.* 70, 90 (2012) (explica que en los Estados Unidos hoy, incluso los intérpretes que se identifican a sí mismos como teleológicos, siempre “comienzan con el texto”); Andrew Tutt, *Fifty Shades of Textualism*, 29 *J.L. & Pol.* 309, 309 (2014) (“‘Todos somos exégetas ahora’ se ha convertido en un refrán tan popular [dentro de los doctrinantes estadounidenses] que parece un cliché.”).

⁹⁸ Lo contrario ha pasado: en un caso de 2013, por ejemplo, el juez John Gleeson invocó su “desacuerdo fundamental con la política” de ciertas guías “excesivamente severas” para sancionar las ofensas relacionadas con drogas y de esa forma ejerció su autoridad legal para imponer una sentencia menos severa. *United States v. Diaz*, No. 11-821, 2013 WL 322243, at *1 (E.D.N.Y. Jan. 28, 2013). Así los argumentos del juez Gleeson sean atractivos, no hay nada particularmente provocador en términos jurídicos en el uso que hace un juez de su autoridad, claramente reconocida en la doctrina de la Corte Suprema, para otorgar una pena menos severa de la que indican las guías basándose en su desacuerdo con la política.

solicitado que el texto completo o al menos amplias porciones del mismo sean leídas en voz alta en el piso del senado⁹⁹. Han hecho “aparentemente infinitas llamadas de quórum y mociones para reconsiderar previos votos”¹⁰⁰. Han usado el filibustero de forma rutinaria, en lugar de hacerlo en su forma tradicional y, en la opinión de muchos, para la que fue creado, como “la herramienta de último recurso”¹⁰¹. Han, del mismo modo, utilizado ‘holds’ para obstaculizar nominaciones y artículos en una escala sin precedentes¹⁰². Junto con sus aliados en la cámara de representantes, varios de ellos han desarrollado maniobras incluso más inortodoxas en una campaña para debilitar el ‘Obamacare’¹⁰³. Aunque sus críticas están orientadas en el lenguaje de la conciencia y la crisis y sus tácticas desafían convenciones establecidas¹⁰⁴, los senadores que participan en estas prácticas han enfatizado la legalidad formal de su obstruccionismo. Han promocionado su campaña como detractores de la agenda de la mayoría no como violadores de la ley sino como devotos defensores del código de procedimientos.

3. *Variantes directas, indirectas y abarcadoras.* – Por supuesto, los senadores de partidos minoritarios no han estado usando los privilegios

⁹⁹ Ver Ricardo Alonso-Zaldivar, *Republicans Threaten Health Care Read-a-Thon*, *Newsday* (Dec. 18, 2009, 1:43 PM), <http://www.newsday.com/business/republicans-threaten-health-care-read-a-thon-1.1660956> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (nota que los “senadores usualmente renuncian a” su derecho a que se lean esos estatutos en voz alta durante la sesión).

¹⁰⁰ Niels Lesniewski, *Reid, Obama Call for Senate Rule Changes to Curb Filibusters*, *CQ Today* (Oct. 28, 2010, 4:39 PM), <http://www.cq.com/doc/news-3756760?7&print=true> (en archivo con la *Columbia Law Review*).

¹⁰¹ Walter J. Oleszek, *Congressional Procedure and the Policy Process* 304 (9na ed. 2014).

¹⁰² Ver id. en 257 (observa que los ‘holds’ son “una característica más presente en el Senado actual” y citando a un senador que se lamenta porque los ‘holds’ “han adquirido una forma de reverencia que no tenían por qué llegar a tener”). El ‘hold’ es una herramienta informal mediante la cual los senadores individuales o en grupo, cuyas identidades pueden ser ocultadas del público, le informan a los líderes de partido que no quieren que una medida particular se adopte en la sesión. Id. En 256.

¹⁰³ Ver Sheryl Gay Stolberg & Mike McIntire, *A Federal Budget Crisis Months in the Planning*, *N.Y. Times* (Oct. 5, 2013), <http://www.nytimes.com/2013/10/06/us/a-federal-budget-crisis-months-in-the-planning.html?pagewanted=all> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (revisa esta campaña).

¹⁰⁴ Ver David E. Pozen, *Self-Help and the Separation of Powers*, 124 *Yale L.J.* 2, 39–46 (2014) [de ahora en adelante Pozen, *Self-Help*] (discute estas tácticas y la presión que le han impuesto a las convenciones de separación de poderes). Podría ser que la Presidente actúe en retaliación contra el Congreso mediante el uso de obediencia incivil obstruccionista, por ejemplo, al usar su poder de veto en todos los estatutos que crucen su escritorio hasta que el Congreso cambie alguna ley o política preexistente).

procedimentales de formas novedosas para retar esos privilegios ellos mismos. Más bien están practicando lo que hemos llamado obediencia incivil indirecta¹⁰⁵. En un nivel micro, estos senadores se han hecho un movimiento hacia el legalismo para retar leyes específicas como Obamacare. En un nivel macro, se han adherido a las normas procedimentales como un medio para subvertir el programa político del otro partido.

La versión directa de la obediencia incivil puede ser una forma especialmente elegante de defensa. El seguimiento de la ley es usado como palanca para retar la misma ley que está siendo seguida. Al mantenerse bajo el límite de velocidad, el National Association of Motorists estableció y representó su crítica del mismo. Los argumentos que ofrecieron fueron ampliamente superfluos; el acto habló por sí mismo. El plan de Cloward y Piven y la ejecución de Roosevelt de las leyes de los bares en domingo no eran un movimiento tan evidente, pero también ellos buscaron catalizar la reforma simplemente demostrando de lo que eran capaces las leyes en los libros si estas se tomaban en serio.

Un ejemplo un poco más complicado de obediencia incivil directa es el del Great American Boycott del 2006, durante el cual más de un millón de personas salieron a las calles a reclamar la reforma de las leyes de inmigración estadounidenses¹⁰⁶. Lo anterior a modo de respuesta inmediata frente a un decreto que perseguía a los extranjeros indocumentados. Los manifestantes no fueron al trabajo para mostrar cómo sería la economía sin su trabajo (de allí viene el otro nombre para el evento: “Un día sin inmigrantes”). Plantas procesadoras de carne, viñedos y fincas se vieron

¹⁰⁵ Ver supra notas 8–11 con texto acompañante (explica que se entiende ampliamente que la desobediencia civil incluye variantes directas e indirectas; supra notas 45–46 y texto acompañante (extiende esta distinción a la obediencia incivil). En el 2013 tardío, el uso continuo del filibustero por parte de los senadores de partidos minoritarios precipitó una reforma de esta figura y generó, inintencionadamente, el tipo de cambio que busca la obediencia incivil. Ver Jeremy W. Peters, In Landmark Vote, Senate Limits Use of the Filibuster, N.Y. Times (Nov. 21, 2013), <http://www.nytimes.com/2013/11/22/us/politics/reid-sets-in-motion-steps-to-limit-use-of-filibuster.html> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (explica que los Demócratas del Senado votaron para eliminar el uso del filibustero para los nominados por la rama ejecutiva y por la rama judicial distinta de la Corte Suprema).

¹⁰⁶ Ver en general Michael Cabanatuan et al., A Million Say: Let Us All Stay/Historic Day: Across the Nation, a Rallying Call for Immigrants, S.F. Gate (May 2, 2006, 4:00 AM), <http://www.sfgate.com/news/article/a-million-say-let-us-all-stay-historic-day-2519475.php> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (describe esta protesta como “la demostración coordinada más grande de la nación desde la guerra en Vietnam”).

obligadas a cerrar por el día¹⁰⁷. Al cumplir las leyes que les prohibían trabajar los inmigrantes indocumentados demostraron las implicaciones intolerables de la ley¹⁰⁸.

La obediencia incivil indirecta es casi seguramente más común que la obediencia incivil directa. La obediencia incivil indirecta goza de más grados de libertad. Puede hacer su crítica al aplicar cualquier cantidad de leyes o políticas que se relacionan con el objeto de su reproche, no sólo la ley o política reprochada en sí misma. En el caso del trabajo según las reglas, por ejemplo, los empleados pueden hiper-cumplir docenas de reglas de seguridad, términos contractuales o regulaciones industriales en un esfuerzo para reformar la relación laboral.

A pesar de que es útil e intuitivo distinguir entre estos dos tipos de obediencia incivil, ‘directa’ e ‘indirecta’ se pueden entender mejor como reflejos situados en un rango que es un continuum y no como polos en una estricta dicotomía – igual que en la desobediencia civil¹⁰⁹. Además, dependiendo de qué tan amplia o precisa se define la ley que contra la cual se está protestando, el mismo acto de obediencia incivil puede ser descrito como más o menos como directo o indirecto. Consideremos las propuestas recurrentes para que los defensores penales se rehúsen a aceptar la negociación de la pena por aceptar la culpa¹¹⁰. Los defensores involucrados no estarían ejerciendo su derecho constitucional a un juicio para así

¹⁰⁷ Ver, e.g., Anita Hamilton, *A Day Without Immigrants: Making a Statement*, *Time* (May 1, 2006), <http://content.time.com/time/nation/article/0,8599,1189899,00.html> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (discute los impactos económicos de la protesta).

¹⁰⁸ Esta muestra de seguimiento de la ley, no obstante, fue en sí misma una forma de admisión de la violación sistemática de la ley. Los trabajadores indocumentados no estaban realmente cumpliendo las leyes que prohíben su empleo, o no tendrían trabajo en primer lugar. Es necesario aislar la protesta de un día y el período de tiempo relevante para poder apreciar su carácter de obediencia civil directa.

¹⁰⁹ Ver supra nota 11 y texto acompañante (muestra la potencial dificultad de esta distinción en el contexto de desobediencia civil). Especulamos que es más posible que ocurra el fenómeno de forma extremadamente indirecta en la desobediencia civil que en la obediencia incivil. La idea de que la violación de la ley puede ser una táctica expresiva y reformista es fácil de entender. La idea de que el seguimiento de la ley como táctica de esta forma es menos familiar. Para aquellos que quieren protestar contra cierta ley o política al adherirse estrictamente a una ley o política distante, existe un riesgo adicional de que la novedad de su técnica distraiga de, en lugar de amplificar, su mensaje crítico. Acostarse en la mitad del tráfico (ilegalmente) y conducir a cincuenta y cinco millas por hora en la autopista (legalmente) son ambas formas extremadamente indirectas de protestar contra una guerra. Pero la última táctica parece, no sólo atenuada, sino incoherente e implausible.

¹¹⁰ Ver supra notas 74-79 y texto acompañante (discute estas propuestas).

perturbar esos derechos. El punto es perturbar un aglomerado y conjunto de normas y políticas que contribuyen a la encarcelación masiva y a la injusticia racial, males que pueden parecer remotos y lejanos de la Sixth Amendment. Sin embargo, si fuéramos a caracterizar el objeto de la reforma en un nivel más alto de generalidad – en, digamos, el sistema estadounidense de justicia criminal – entonces este tipo de ejemplos empezarían a parecer más directos.

Algunos episodios de obediencia incivil pueden ser especialmente difíciles de ubicar en el continuum entre directo e indirecto no sólo porque la relación entre el medio y el resultado u objetivo es tan tenue, sino porque no tienen *ninguna* ley o política escogida como objetivo. La mayor parte de obediencia incivil, como la mayor parte de desobediencia civil, tiene “objetivos relativamente enfocados y limitados”¹¹¹. Algunos casos, no obstante, reflejan una ambición mucho más difusa. Su objetivo es retar un modo de gobierno, una estructura política, o esquemas igualmente amplios, en su totalidad.

Desde una perspectiva, las tácticas obstruccionistas de las minerías recientes en el senado se acomodan a esta descripción. Los senadores republicanos que se apoyaron tan decididamente sobre el obstruccionismo, el hold, la llamada a quórum, y demás, podría decirse que no querían descarrilar ninguna iniciativa demócrata en particular, sino repudiar la visión de país que respalda el partido demócrata en sí¹¹². Es entendible que tantas herramientas de resistencia fueran utilizadas en esta campaña, pues la campaña es también muy amplia y abarca muchos temas. El recurso sistemático al obstruccionismo legalista, en este contexto, parece entenderse mejor como un programa abarcador de la obediencia incivil que como una serie de disensos discretos¹¹³.

¹¹¹ Brownlee, Civil Disobedience, supra nota 6.

¹¹² Ver, e.g., David Fontana & Donald Braman, Judicial Backlash or Just Backlash? Evidence from a National Experiment, 112 Colum. L. Rev. 731, 747 n.53 (2012) (“La visión del mundo jerárquica e individualista tiende a asociarse con el Partido Republicano y con aquellos que se identifican como ‘conservadores’; la visión del mundo igualitaria y comunitaria se asocia con el Partido Demócrata y con aquellos que se identifican como ‘liberales’”. (citando a Dan M. Kahan, Culture, Cognition, and Consent: Who Perceives What, and Why, in Acquaintance-Rape Cases, 158 U. Pa. L. Rev. 729, 784–85 & fig.7 (2010))).

¹¹³ La obediencia incivil comprensiva de este estilo puede contrastarse con el fenómeno que Bernard Harcourt llama “desobediencia política”. Harcourt, supra nota 30, en 47. Al responderle al movimiento de Occupy Wall Street, Harcourt recientemente propuso este término para capturar una especie de desobediencia que se resiste no sólo a una ley o política criticada sino a “la forma misma en la que somos gobernados”. Id. La desobediencia política rechaza “la estructura de la política partidista, la necesidad de reformas de la ley, la necesidad de identificación con un partido ... Le voltea la espalda a las instituciones políticas ya los actores que nos

4. *Federalismo: Legislación como disenso.* – Los ejemplos de obediencia incivil que hemos discutido hasta ahora se centran en leyes o políticas que, ya promulgadas, se encuentran en los libros, en el papel. Sin embargo, en algunos casos, también podemos conceptualizar la promulgación de nuevas leyes a manera de obediencia incivil vis-à-vis una autoridad legal superior. Esta es una forma necesariamente indirecta de obediencia incivil – la legislación que se busca promulgar en primera instancia no será un reto para sí misma sino para otra ley o política. También es una forma que cae en los límites externos de obediencia incivil y le pone presión al concepto definido más arriba.

En los Estados Unidos, el federalismo es la fuente más fecunda de obediencia incivil legislativa¹¹⁴. Mientras que las teorías más tradicionales separan a los estados y al gobierno federal como soberanías diferentes, la doctrina más reciente ha enfatizado que ambas esferas ocupan espacios de política pública ampliamente entrelazados y sobrepuestos¹¹⁵. Los estados generan política nacional en conjunto con el gobierno federal, y frecuentemente pelean contra la visión de la política nacional articulada por el gobierno federal¹¹⁶. Lo hacen ocasionalmente mediante resistencia abierta, ejerciendo una táctica análoga

gobiernan.” Id.

Nos parece difícil pensar en la obediencia incivil como operando en este modelo, así sea sólo por su preocupación exagerada por el detalle legal. El estratégico cumplimiento y dependencia de la obediencia incivil de el sistema legal formal implica que su rechazo de estructuras políticas existentes no será nunca tan profundo ni radical. La desobediencia política “se rehúsa a jugar el juego”. Id. En 59. La obediencia incivil, incluso a escala comprensiva, lo juega con extrema experticia.

¹¹⁴ La separación horizontal de poderes a través de las ramas del gobierno federal es mucho menos fecundo en este sentido. Aunque es posible imaginarse al Congreso contestando a una decisión desagradable de la Corte Suprema con nueva legislación que técnicamente se ajusta a los términos de la decisión pero que se entiende ampliamente como un esfuerzo para subvertir su esencia, los casos actuales de tal obediencia incivil legislativa son muy escasos.

¹¹⁵ E.g., Robert A. Schapiro, *Polyphonic Federalism: Toward the Protection of Fundamental Rights* (2009); Jessica Bulman-Pozen, *Partisan Federalism*, 127 *Harv. L. Rev.* 1077 (2014); Heather K. Gerken, *The Supreme Court, 2009 Term—Foreword: Federalism All the Way Down*, 124 *Harv. L. Rev.* 4 (2010); Roderick M. Hills, Jr., *Against Preemption: How Federalism Can Improve the National Legislative Process*, 82 *N.Y.U. L. Rev.* 1 (2007); Cristina M. Rodríguez, *The Significance of the Local in Immigration Regulation*, 106 *Mich. L. Rev.* 567 (2008).

¹¹⁶ Ver en general Jessica Bulman-Pozen, *From Sovereignty and Process to Administration and Politics: The Afterlife of American Federalism*, 123 *Yale L.J.* 1920 (2014).

a la desobediencia incivil¹¹⁷. Pero también pueden encontrar en, obediencia incivil, una herramienta poderosa: Los estados frecuentemente adoptan medidas que proclaman su consistencia técnica con la ley federal pero a nivel más profundo, la subvierten.

Los estados pueden, por ejemplo, promulgar leyes que incorporan expresamente leyes o políticas federales para retar otro cuerpo de normas o políticas federales y así perturbar su operación a nivel local o incluso nacional. Recordemos el ejemplo de la medicación en el caso del aborto de la introducción¹¹⁸. Arizona, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, y Texas han aprobado leyes estableciendo como requisito que los abortos fueran llevado a cabo usando la combinación de drogas llamada Mifeprex y ajustándose estrictamente a un protocolo emitido por la FDA hace más de una década¹¹⁹. El protocolo de la FDA no es en sí mismo vinculante – la FDA generalmente anticipa y acoge nuevas medicinas probadas con evidencia– y en los diez años desde que fue adoptada, los practicantes se han desplazado a un régimen alternativo que implica dosis menores de la droga, menos visitas al doctor, y un mayor período de disponibilidad¹²⁰. Sin embargo, algunas legislaturas estatales han elevado el protocolo de la FDA al estatus de un requisito legal. A pesar de las implicaciones para el acceso al aborto que es protegido por la Constitución federal, estas legislaturas aseguran que están asegurando un aborto seguro para las mujeres al exigir el cumplimiento de estándares de seguridad y salud de nivel federal¹²¹.

Los estados también han incorporado ley federal a sus medidas restrictivas de inmigración. La controversial política de Arizona S.B. 1070, por ejemplo, se construyó de manera muy cercana a los estatutos federales de inmigración¹²². Entre otras cosas, el S.B. 1070 hizo que el incumplimiento de

¹¹⁷ Ver Jessica Bulman-Pozen & Heather K. Gerken, *Uncooperative Federalism*, 118 *Yale L.J.* 1256, 1278–80 (2009) (afirma que ciertas respuestas estatales al USA PATRIOT Act eran “formas similares a la desobediencia civil”).

¹¹⁸ Ver supra notas 36–38 y texto acompañante.

¹¹⁹ Ver Amelia Thomson-DeVeaux, *Oklahoma’s Abortion Battle Goes National*, *Am. Prospect* (Oct. 30, 2013), <http://prospect.org/article/oklahomas-abortion-battle-goes-national> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (describe estas cinco leyes estatales como “parte de un aparato más grande de restricciones frente al aborto que ha dominado al país en los últimos tres años”).

¹²⁰ Boonstra, supra nota 37, en 18–21.

¹²¹ Ver, e.g., id. en 21 (“Estas restricciones se profieren, aunque exclusivamente por los oponentes del aborto, en el interés supuesto de proteger la salud y seguridad de las mujeres. De acuerdo con los activistas anti-aborto, sobrellevar un proceso de aborto usando un protocolo distinto del aprobado por el FDA ... es una ‘receta para el desastre’”).

¹²² Ver, e.g., Brief for Petitioners en 14–15, *Arizona v. United States*, 132 S. Ct. 2492

los requisitos federales de registro de extranjeros fuera una falta menor; autorizó a los funcionarios para que hicieran arrestos sin orden judicial de individuos que ellos consideraran que fueran removibles según la ley federal; y ordenó que los funcionarios verificaran con el gobierno federal el estatus de inmigración de los individuos detenidos o arrestados y considerados razonablemente como ilegalmente presentes¹²³. Los promotores del estado no fueron tímidos al presentar el S.B. 1070 como un desafío directo ante el gobierno federal. Y sin embargo insistieron que estaban siguiendo la ley federal, apropiadamente entendida, y que su reclamo se refería a la falta de aplicación que se hacía de ella en rama ejecutiva federal¹²⁴. ¿Bajo qué argumento legal, preguntaban, se les prohibiría adoptar una ley que ‘reproduce’ los términos de la ley federal, a veces incluso letra a letra?¹²⁵ Como los estados en el ejemplo del Mifeprex, Arizona tomó una política federal que deja un espacio amplio para la discreción (en este caso de los ejecutivos gubernamentales en lugar de actores privados) y retó la política al exigir su estricto cumplimiento como ley estatal.

Los estados también pueden emprender una variante más sutil de obediencia incivil legislativa al imponer regulaciones que pretenden enfocarse en responsabilidades discretas del estado, incluso si afectan así la implementación de la ley federal. Por ejemplo, las legislaturas estatales y agencias se han enfocado en los “navegadores” contratados por el gobierno federal que ayudan a las personas a registrarse para ser asegurados en el plan de salud Obamacare. Muchos estados controlados por los republicanos requieren que esos navegadores sean sometidos a una revisión de antecedentes y les prohíben dar consejos sobre las características de planes

(2012) (No. 11-182), 2012 WL 416748 (“A lo largo del proceso legislativo. . . , S.B. 1070 fue revisado para clarificar y reforzar su adopción expresa de los estándares federales de inmigración y la necesidad de que fuera aplicado conforme a esos estándares.”).

¹²³ Ver *Arizona*, 132 S. Ct. en 2497–98 (describe S.B. 1070).

¹²⁴ Ver Jessica Bulman-Pozen, *Federalism as a Safeguard of the Separation of Powers*, 112 *Colum. L. Rev.* 459, 490–91 (2012) (explica la postura de Arizona de que “el ejecutivo federal está traicionando al Congreso al sub-aplicar las leyes federales de inmigración”).

¹²⁵ Este argumento en contra de la preferencia se comenzó a conocer como la “teoría imagen reflejo”. Ver Margaret Hu, *Reverse-Commandeering*, 46 *U.C. Davis L. Rev.* 535, 539 n.7 (2012). La premisa básica de esta teoría, en palabras de su arquitecto, es que “los gobiernos estatales tienen la autoridad de criminalizar conductas particulares relacionadas con inmigración ilegal, siempre y cuando lo hagan de forma tal que reflejen los términos de la ley federal.” Kris W. Kobach, *Reinforcing the Rule of Law: What States Can and Should Do to Reduce Illegal Immigration*, 22 *Geo. Immigr. L.J.* 459, 475 (2008).

de salud particulares¹²⁶. A diferencia de los esfuerzos más abiertos de la oposición para frustrar el Obamacare, los defensores de estas medidas acentúan su consistencia con el rol establecido del estado en la regulación de la industria de las aseguradoras¹²⁷. Dicen que tales medidas son necesarias para proteger la privacidad y la seguridad de los consumidores, y se apoyan en las teorías tradicionales de la separación de las esferas del estado y el gobierno federal – arguyendo que la protección del consumidor es una responsabilidad del estado en nuestro sistema constitucional – incluso cuando también toman provecho de la superposición de esas mismas esferas para socavar políticas federales¹²⁸.

¹²⁶ Ver Katherine T. Vukadin, *Obamacare Interrupted: Obstructive Federalism and the Consumer Information Blockade* 26–29 (Jul 27, 2014) (manuscrito no-publicado), disponible en <http://ssrn.com/abstract=2472594> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (cataloga las tácticas usadas para incomodar a los ‘navegadores’); Nicholas Kusnetz, *Obamacare’s Hidden Battle: Insurance Agents Push State Regulation of Guides to New Marketplaces*, Ctr. for Pub. Integrity (Ago. 9, 2013, 5:00 AM), <http://www.publicintegrity.org/2013/08/09/13144/obamacares-hidden-battle-insurance-agents-push-state-regulation-guides-new> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (“Al menos dieciséis estados han promulgado leyes sobre los ‘navegadores’ desde el 2012...”).

¹²⁷ Ver, e.g., Kusnetz, *supra* nota 123 (cita a numerosos promotores estatales que hacen énfasis en que “los seguros han sido el reino de los estados hace rato” y quienes “mantienen que estas leyes simplemente establecen vigilancia estatal y garantizan que los consumidores serán protegidos de los navegadores inescrupulosos o desinformados”).

¹²⁸ De forma similar, las legislaturas estatales han retado el ejercicio de sus derechos al aborto por parte de las mujeres al promulgar leyes TRAP (Targeted Regulation of Abortion Providers, Regulación dirigida a los proveedores de abortos) que le imponen requisitos y licencias muy onerosas a las instalaciones prestadoras del servicio de aborto. Los estados exigen dimensiones físicas específicas para los cuartos de procedimientos, los corredores y hasta los cuartos de los conserjes; exigen lavaderos manos-libres y sistemas muy complejos de ventilación; y le imponen estándares de diseño a los parqueaderos y las entradas. Ver en general Rachel Benson Gold & Elizabeth Nash, *TRAP Laws Gain Political Traction While Abortion Clinics—and the Women They Serve—Pay the Price*, *Guttmacher Pol’y Rev.*, Spring 2013, en 7 (resume y critica esta tendencia). Estas leyes están justificadas por los proponentes como regulaciones de seguridad y salud del tipo que ha promovido la misma Corte Suprema, ver e.g., *Mazurek v. Armstrong*, 520 U.S. 968 (1997) (*per curiam*) (defiende la ley estatal que exige que los abortos se practiquen por médicos licenciados), incluso a pesar de que los requisitos que se les imponen a los proveedores del servicio de aborto son significativamente más onerosos que los impuestos a otras instituciones médicas, y las leyes son consideradas como detractoras y opositoras – sin ser directamente violaciones – del derecho constitucional al aborto. Ver, e.g., Editorial, *Virginia’s Abortion Assault Claims a Victim*, *Wash. Post* (Apr. 26, 2013), <http://wapo.st/183RdOT> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (define la ley

Aunque consideramos que cada uno de estos ejemplos puede ser analizado como obediencia incivil, son casos difíciles. Más importante aún, pueden ser desechados como casos de incumplimiento legal desde el punto de vista de que sus promotores estatales están – y se identifican ellos mismos como – violando mandatos federales, solamente de formas astutas que complican su detección o sanción¹²⁹. Esta objeción es más clara, tal vez, respecto de las medidas estatales para el aborto. La doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos establece que las regulaciones con el propósito o el efecto de obstaculizar sustancialmente el camino de las mujeres que requieren de un aborto son inconstitucionales¹³⁰. Como lo han reconocido muchas cortes federales, las leyes arriba mencionadas parecen estar diseñadas para restringir el derecho al aborto¹³¹. Y la Corte Suprema invalidó la mayoría de las provisiones mencionadas del S.B. 1070 de Arizona por razones de prioridad, mencionando que las provisiones eran inconsistentes con la ley federal pese a su imitación textual de la misma¹³².

Sin embargo, desechar estos ejemplos como meros intentos de evasión sería demasiado fácil; esta interpretación no captura la bravata legal de su acercamiento al igual que la auto-comprensión de al menos algunos de sus proponentes. La obediencia incivil, recordemos, no pierde su estatus como tal simplemente porque el comportamiento en cuestión sea calificado como ilegal, tal como la desobediencia civil no pierde su estatus como tal solamente porque el comportamiento es en últimas calificado como legal¹³³. La cuestión

TRAP de Virginia como una “cruzada ideológica anti-aborto que se esconde tras una supuesta preocupación por la salud pública”.)

¹²⁹ Cf. supra notas 53–54 con texto acompañante (explica que la evasión no puede constituir obediencia incivil).

¹³⁰ *Planned Parenthood de Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 877–78 (1992) (opinión conjunta de O’Connor, Kennedy & Souter, JJ.).

¹³¹ Al momento en el que escribimos este texto, la ley de Oklahoma sobre aborto mediante medicamentos ha sido promulgada; las correspondientes leyes de Ohio, Dakota del Norte y Texas han sido confirmadas y está pendiente una demanda contra la de Arizona. *Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. v. Abbott*, 748 F.3d 583, 605 (5th Cir. 2014); *Planned Parenthood Sw. Ohio Region v. DeWine*, 696 F.3d 490, 516–18 (6th Cir. 2012); *MKB Mgmt. Corp. v. Burdick*, 855 N.W.2d 31, 32 (N.D. 2014); *Cline v. Okla. Coal. for Reprod. Justice*, 313 P.3d 253, 262 (Okla. 2013); ver también *Planned Parenthood Ariz., Inc. v. Humble*, 753 F.3d 905, 918 (9th Cir. 2014) (instruye a las cortes distritales a ejercer preliminarmente la ley de Arizona). El quinto circuito recientemente confirmó la ley TRAP de Texas. Ver *Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs.*, 748 F.3d at 590–600 (confirma la admisión del requisito de privilegios).

¹³² *Arizona v. United States*, 132 S. Ct. 2492 (2012). Volvemos al caso de *Arizona* en las infra notas 191–200 y texto acompañante.

¹³³ Ver supra notas 12–14, 51–54 con texto acompañante (explica estos puntos).

fundamental es si, en el momento en el que se lleva a cabo el acto (en este caso, en el momento en el que se promulgó la ley estatal), los responsables por ese acto genuina y razonablemente creen que dicho acto está de acuerdo con el derecho en general. Esta es una pregunta difícil en cada uno de los ejemplos presentados anteriormente, especialmente teniendo en cuenta que estamos tratando con agentes colectivos que pueden carecer de cualquier tipo de entendimiento compartido de la ley. Pero parece plausible que muchos, si no todos, de los legisladores estatales responsables creían que actuaban en conformidad con la ley federal, incluso si conscientemente buscaron retar un apartado particular de la misma. Lo anterior se deduce, además, del cuidado que tomaron en modelar sus medidas según las regulaciones estatales tradicionales o los textos gubernamentales federales. A través de su inusual atención del detalle legal, estos legisladores han perturbado y desafiado la política legal federal desde una postura obediente.

III. FOMENTANDO Y RESTRINGIENDO LA OBEDIENCIA INCIVIL

Habiendo definido la obediencia incivil y descrito sus mecanismos básicos y variantes, ampliamos ahora el foco para explorar las implicaciones regulatorias y jurisprudenciales. Esta parte considera las circunstancias bajo las cuales las leyes pueden ser más o menos susceptibles de albergar un fenómeno de obediencia incivil, además de algunas de las respuestas legales que su práctica provoca. Como la discusión hasta este punto ha detallado, la obediencia incivil logra generar provocación a través y dentro del derecho al explotar las brechas entre el texto de las directivas legales y las costumbres o propósitos asociados con ellas. Al estudiar estos predicados, se vuelve más fácil ver cómo la disponibilidad y eficacia de la obediencia incivil puede estar condicionada por el contexto doctrinal, institucional y cultural.

Distintas variables ofrecen ventaja regulatoria. En este punto nos enfocamos en si una directiva específica asume la forma de un estándar o principio o una regla, y en si y cómo una jurisdicción emplea doctrinas como la del abuso del derecho y de preferencia. El derecho privado, explicamos, ha desarrollado doctrinas más robustas para disciplinar la obediencia incivil respecto al derecho público. También tomamos en consideración el rol de dinámicas descentralizadas tales como el grado de cohesión (*knitted-ness*) del grupo las sanciones extralegales, y la prevalencia del positivismo y formalismo versus entendimientos alternativos del derecho. No nos aproximamos al asunto de cuándo los legisladores, burócratas y otros funcionarios buscarán restringir la obediencia incivil. Aunque el porqué querrían hacerlo será usualmente intuitivo, las motivaciones de estos actores son demasiado diversas y contingentes como para tratarlas de forma general. Para propósitos de esta

discusión, es necesario aceptar que al menos algunos oficiales querrán restringir la obediencia incivil, por lo menos algunas veces.

A. *Reglas y estándares o principios*

En la literatura jurídica sobre reglas versus estándares, una regla es generalmente entendida como una directiva que “vincula a alguien que toma una decisión a responder de una forma determinada ante la presencia de hechos delimitados específicos”¹³⁴. Las reglas son precisas. Ellas limitan la discreción de sus ejecutores e intérpretes mediante instrucciones tajantes ex ante. “El límite de velocidad es de cincuenta y cinco millas por hora” es una regla clásica. Un estándar, por el contrario, “tiende a devolver la toma de la decisión a la aplicación directa del principio o la política que se encuentra en el trasfondo a una situación fáctica”¹³⁵. Los estándares son imprecisos. Dejan mucho de su contenido para ser desarrollado por sus ejecutores e intérpretes en cada caso. “Maneje a una velocidad razonable” es un estándar clásico¹³⁶. A pesar de que las reglas y los estándares no reflejan categorías agudas sino más bien rangos en un “continuum de mayor o menor ‘reglidad’”¹³⁷, la distinción básica entre los dos es útil y ubicua.

La obediencia incivil prospera ante las reglas. Las reglas son por naturaleza tanto sobre como sub-inclusivas. En la búsqueda de claridad y certeza, ellas invariablemente “producen arbitrariedad y errores en casos particulares”, que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación pero no encajan bien con las razones por las cuales se establecieron dichas reglas¹³⁸. La rigidez de las reglas usualmente implica que pueden ser implementadas de una forma que sea consistente con sus términos – y por lo tanto presumiblemente ajustadas a derecho – aunque insensibles a los propósitos y presupuestos o

¹³⁴ Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 *Harv. L. Rev.* 22, 58 (1992).

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Ver, e.g., Scott Dodson, *The Complexity of Jurisdictional Clarity*, 97 *Va. L. Rev.* 1, 16 (2011) (usa ejemplos similares de límite de velocidad para ilustrar la distinción entre reglas y estándares); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 *Duke L.J.* 557, 560 (1993) (igual); Russell B. Korobkin, *Behavior Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited*, 79 *Or. L. Rev.* 23, 23 (2000) (igual).

¹³⁷ Sullivan, *supra* nota 131, en 58 n.231 (cita a Margaret Jane Radin, *Presumptive Positivism and Trivial Cases*, 14 *Harv. J.L. & Pub. Pol’y* 823, 828–32 (1991)); ver también Richard H. Fallon, Jr., “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse, 97 *Colum. L. Rev.* 1, 49 (1997) (“Como se reconoce ampliamente, las ‘reglas’ y los ‘estándares’ no definen tanto una dicotomía sino distintos puntos en un continuum.”).

¹³⁸ Cass R. Sunstein, *Problems with Rules*, 83 *Calif. L. Rev.* 953, 992 (1995).

las costumbres de cumplimiento y ejecución subyacentes que se han desarrollado en un contexto dado. Si la única ley que gobierna la velocidad de una carretera es “límite de 55”, entonces manejar a cincuenta y cinco millas por hora siempre será incuestionablemente legal (y manejar a cincuenta y seis será siempre ilegal), sin importar qué tan disruptivo o desafiante se percibe un caso dado. La obediencia incivil le apuesta a esta posibilidad de desafiar las normas mediante la exactitud legal.

Los estándares contienen defensas construidas en contra de tal manipulación en tanto que “incorporan las normas [subyacentes] directamente”¹³⁹ y le permiten a los ejecutores e intérpretes considerar un rango más amplio de hechos y factores. Cuando una ley que establece que se debe “manejar a una velocidad razonable” no inmuniza a todos los conductores viajando a cincuenta y cinco millas por hora de encontrarse en la ilegalidad. Cualquier tipo de conducción que parezca bizarra o incendiaria está en riesgo de ser considerada como no razonable.

Entonces, una forma de limitar la incidencia de la obediencia incivil es que las autoridades empleen estándares en lugar de reglas (o, más precisamente, que empleen directivas que son más como un estándar y menos como una regla). Y, de manera contraria, una técnica que pueden usar los activistas para aprovechar la obediencia incivil es identificar reglas que por sus propios términos protegen ciertas “incivilidades” – comportamientos anormales, antisociales y expresivos – de la sanción oficial. Si se le ordena a los empleados llevar a cabo sus funciones de “manera eficiente y cumplida” en lugar de seguir una lista detallada de instrucciones, entonces tendrán un margen muy restringido para poner en práctica el trabajo según las reglas¹⁴⁰. Si el código tributario determina el estatus marital mediante un test que abraza la totalidad de las circunstancias en lugar de usar la convención del 31 de diciembre, entonces los Boyters no podrían usar su esquema de divorciarse y casarse para evadir impuestos¹⁴¹. Si la opción de los senadores de solicitar las ‘lea-tons’ y las verificaciones del quórum estuvieran amarradas a un requisito explícito de ‘necesidad’, ‘circunstancias excepcionales’, o términos similares, se facilitaría para los críticos de esta práctica etiquetar a estos senadores como violadores de la ley (así el requisito

¹³⁹ Dodson, *supra* nota 133, en 17.

¹⁴⁰ Ver *supra* notas 32–33, 65 con texto acompañante (explica el ‘trabajo según las reglas’); cf. David Luban, *Misplaced Fidelity*, 90 *Tex. L. Rev.* 673, 688 (2012) (afirma que el ‘trabajo según las reglas’ es efectivo “porque en el mundo real esperamos que las personas hagan innumerables ajustes que las reglas no pueden capturar”). En este sentido, el uso de la palabra ‘regla’ en la etiqueta de ‘trabajo según las reglas’ es enteramente apropiada.

¹⁴¹ Ver *supra* nota 67 con texto acompañante (describe la protesta de los Boyter contra la sanción de impuestos al matrimonio).

no pueda ser efectivo ante un juez)¹⁴². En algunos casos, el cambio de una regla a un estándar puede ir más allá y eliminar la base sustantiva para la obediencia incivil. Si el congreso le hubiera dicho a los conductores de la autopista que manejaran a una velocidad segura en lugar de bajo cincuenta y cinco millas por hora, la National Motorists Association probablemente nunca hubieran hecho su protesta.¹⁴³

El cambio a estándares puede truncar la obediencia incivil en el nivel de legitimidad al igual que en el de legalidad, no sólo al aumentar la posibilidad de castigo del manifestante, sino también al eliminar el aspecto subversivo de su comportamiento. Los estándares *moralizan* la práctica del cumplimiento. “En lugar de aplicar una regla por rutina, los ciudadanos se deben preguntar a sí mismos, por ejemplo, si están tratándose justamente entre sí, si están actuando de buena fe, si están tomando el cuidado necesario, si están comportándose razonablemente, etc.”¹⁴⁴ La misma formulación de estas preguntas invita a la deliberación normativa¹⁴⁵ y sugiere recurrir a la costumbre establecida.

Importantemente, el estándar que perturba la obediencia incivil no necesita ser adoptado en lugar de la regla, pero puede ser adoptado adicionalmente a ella. En algunos casos, la práctica puede estar gobernada tanto por una regla como por un estándar¹⁴⁶ – usualmente, por un estándar que se aplica a una gama más amplia de comportamientos que la regla – y el estándar puede proveer el límite u horizonte y evitar ciertas formas de incivildad conforme a dicha regla. Esto puede ocurrir de forma más probable cuando el estándar se enfoque en actividad disruptiva o pretextual. Por ejemplo, si la regla relevante le ordena a los conductores pagar peajes, una obediencia incivil en potencia que podría pagar en monedas de baja denominación para obstruir

¹⁴² Ver supra notas 96–102 con texto acompañante (considera que el obstruccionismo sistemático en el Senado es una forma de obediencia incivil).

¹⁴³ Ver supra notas 1–4, 47–48 con texto acompañante (discute esta protesta).

¹⁴⁴ Seana Valentine Shiffrin, *Inducing Moral Deliberation: On the Occasional Virtues of Fog*, 123 Harv. L. Rev. 1214, 1217 (2010).

¹⁴⁵ Ver en general id. en 1219–31 (afirma que el lenguaje relativamente opaco y moralista de los estándares induce a la deliberación).

¹⁴⁶ Cf. Eric A. Posner, *Deference to the Executive in the United States After September 11: Congress, the Courts, and the Office of Legal Counsel*, 35 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 213, 220 (2012) (“El paisaje legal es una mezcla compleja de reglas y estándares que usualmente se entrecruzan. Los conductores deben obedecer tanto las reglas de tránsito como el límite de velocidad como los estándares de tránsito como las leyes que prohíben conducir de forma osada o temeraria, y normas de responsabilidad civil contra la conducción negligente”). Sobre el rol potencial el “abuso del derecho” como un súper-estándar que prohíbe la incivildad ver Parte III.B.1.

el tráfico, sería propensa, en algunas jurisdicciones, a recibir una multa por conducta revoltosa o alteración pública¹⁴⁷. (Un gran grupo de estas obedientes inciviles en potencia serían especialmente vulnerables, dado la posible correlación entre la escala de la protesta y el nivel de la perturbación). A un costo potencial significativo para la seguridad jurídica y las libertades civiles¹⁴⁸, prohibiciones ampliamente formuladas de este tipo pueden reducir efectivamente la sobre-inclusión de reglas permisivas y la sub-inclusión de reglas restrictivas en la regulación de comportamientos inusuales, no anticipados y no cooperativos.

Si el fantasma de la obediencia incivil puede presionar a los legisladores a enmarcar sus directivas como estándares, también puede presionar a los intérpretes y a los implementadores a leer las reglas en términos de un estándar. Una revisión formal de la ley aplicable no es siempre necesaria. A través de “estrategias evasivas de la regla” tales como la creación de excepciones ad hoc, el recurso a la calificación de razonabilidad, y formas amplias de análisis del espíritu o propósito de la norma, los intérpretes e implementadores pueden convertir funcionalmente una regla astringente en un estándar más amplio¹⁴⁹. En esta misma línea, por ejemplo, algunas de las campañas de ‘trabajo según las reglas’ han sido declaradas inconsistentes con los contratos laborales que los trabajadores se propusieron adherir tan

¹⁴⁷ Ver, e.g., Minn. Stat. Ann. § 609.74(2) (West 2009) (define la molestia pública y dice que incluye “interferir con” u “obstruir” intencionalmente “cualquier autopista pública o preferencia en la vía”); Utah Code Ann. § 76-9-102(1)(b)(iv) (LexisNexis 2013 & Supp. 2014) (define la conducta revoltosa y dice que incluye “obstruir el tráfico vehicular o peatonal” con la “intención de causar inconveniencia pública, molestia o alarma”). Otras jurisdicciones, por el contrario, limitan las ofensas de conducta revoltosa y molestia pública a otra serie distinta de conductas enumeradas o a la creación de condiciones peligrosas. Ver, e.g., Tex. Penal Code Ann. § 42.01 (West 2013 & Supp. 2014) (restringe la definición de “conducta revoltosa” a unos comportamientos enumerados taxativamente); Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §§ 125.062–.063 (West 2011) (limita la “molestia pública” a la “asociación continua o regular en actividades de pandillas”). En un incidente ampliamente mediatizado de 2011, un hombre de Utah que pagó una multa discutida en peniques fue multado por conducta revoltosa – aunque presuntamente fue por botar miles de monedas sobre el mesón y piso en lugar de por usar los peniques per se. See Eoin O’Carroll, 2,500 Pennies: Is It Legal to Pay a Bill in Pennies?, CSMonitor.com (Jun 6, 2011, 1:01 PM), <http://www.csmonitor.com/Business/2011/0606/2-500-pennies-Is-it-legal-to-pay-a-bill-in-pennies> (en archivo con la *Columbia Law Review*).

¹⁴⁸ Simplemente consideremos los costos potenciales a la libertad personal y a la libertad de expresión que implica mantener una prohibición de carácter abierto (aunque no inconstitucionalmente vaga) de conducta revoltosa o desordenada.

¹⁴⁹ Ver Frederick Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, 2003 N.Z. L. Rev. 303, 312–15 [de ahora en adelante Schauer, *Convergence*] (habla sobre “estrategias para evitar las reglas”).

estrictamente (y de esa forma, se volvieron equivalentes a una huelga parcial no autorizada)¹⁵⁰. Un panel de apelación federal sugirió que los divorcios de los Boyters podían no ser reconocidos bajo el código tributario porque eran “farsas”¹⁵¹. De acuerdo con la “hipótesis de convergencia” de Frederick Schauer, el deseo de evitar la obediencia incivil entonces aporta una base adicional para predecir la evolución de reglas en estándares ante el comportamiento legalista¹⁵². Lo que comienza como obediencia incivil ex ante puede surgir tras la sentencia como contra la ley ex post.

En algunos casos es innecesario cambiar a un estándar, por cualquier medio, para clausurar la obediencia incivil. Una respuesta diametralmente opuesta es que los legisladores disminuyan los casos de obediencia incivil con la producción de reglas aún más específicas. Para lidiar con el problema de los manifestantes que pagan sus impuestos y peajes con monedas de baja denominación, varios países se han rehusado a usar nociones expansivas de conducta revoltosa, alteración pública, o términos similares. En lugar de ello,

¹⁵⁰ Ver, e.g., *Lenox Educ. Ass'n v. Labor Relations Comm'n*, 471 N.E.2d 81, 82–83 (Mass. 1984) (defiende que la decisión “concertada de los profesores de escuelas públicas de rehusarse a practicar los servicios acostumbradamente prestados por los profesores, pero no expresamente descritos en los acuerdos de negociación colectiva”, constituye una forma de huelga no-permitida); *Jeld Wen Corp.*, Case 9-CA-28831, 1992 WL 83506, at *1–*2 (NLRB Office of Gen. Counsel Feb. 4, 1992) (define el ‘trabajo según las reglas’ en el que los empleados que “siguen estrictamente las instrucciones del empleador” como una acción de demora laboral no-permitida) Pero ver e.g., *Riverside Cement Co.*, 296 N.L.R.B. 840, 841 (1989) (dice en la decisión a modo de respuesta para los empleados que alegaron ser víctimas de retaliación ilegal por ‘trabajar según las reglas’ que “cuando una acción es voluntaria, la decisión concertada de los empleadores de rehusarse a llevar a cabo tal acción está protegida y no constituye una huelga ilegal parcial”).

¹⁵¹ *Boyter v. Comm'r*, 668 F.2d 1382, 1388 (4th Cir. 1981). Sin exponer un análisis de mérito, el panel le remitió el caso a la corte de impuestos “para determinar si los divorcios, incluso así fueran válidos bajo la ley de Maryland, eran fraudes y no deberían tenerse en cuenta para evaluar los ingresos sujetos al cobro de impuestos en los años en cuestión”. Id. Cuando esto sucedió, los Boyter se divorciaron por última vez sin volver a casarse prometiendo seguir divorciados hasta que la ley cambiara. Graetz, *supra* nota 67, en 37.

¹⁵² Ver Schauer, *Convergence*, *supra* nota 146, en 311–21 (plantea como hipótesis una tendencia general de convergencia entre reglas y estándares; ver también Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 *UCLA L. Rev.* 379, 428–29 (1985) (nota la “tendencia de la evolución o degeneración de reglas ... a estándares, y de estándares a reglas”). Cuando los estándares se ‘reglifican’ en el tiempo mediante el esfuerzo de los intérpretes y aplicadores por generar una guía más concreta – para que, por ejemplo, los motociclistas puedan aprender que manejar bajo sesenta y cinco millas por hora en buen clima será interpretado como el cumplimiento de la directiva de “manejar seguro” -, pueden volver a surgir oportunidades para la obediencia incivil.

simplemente han decretado que las unidades más pequeñas de moneda dejan de contar como oferta legal cuando son aglomeradas sobre una cantidad específica. En el Reino Unido, por ejemplo, las “monedas de bronce” no se admiten como válidas para “pagar cualquier cantidad ... que exceda los 20 peniques”¹⁵³. Intentar pagar una deuda tributaria de 200 libras con peniques no es un método provocativo de cumplir con la ley en Londres. Es un pago insuficiente de 199.80 libras.

Al ejercer presión sobre las reglas existentes de estas formas variadas, la obediencia incivil se refina dinámicamente pero también complica el proyecto de su regulación. Usualmente, las reglas son preferidas sobre los estándares porque se piensa que generan mayor certeza, previsibilidad y uniformidad¹⁵⁴. La obediencia incivil redistribuye estas virtudes como fallas: La rigidez y claridad que generan son las que le permiten a los disidentes retar el status quo desde una posición legal y segura. Esto hasta el punto que los ciudadanos y funcionarios deseen prevenir la obediencia incivil, pueden tener que renunciar a algunos de los beneficios de las reglas y aceptar los niveles más altos de indeterminación, discreción ejecutiva, y costos administrativos asociados con los estándares; o, en otro caso, tendrían que soportar el problema de complementar las reglas actuales con reglas más severas que, a su vez, vendrán con sus propias externalidades negativas¹⁵⁵. De cualquier forma, se verán obligados a alejarse de su escogencia inicial respecto de la mezcla, según ellos, apropiada de reglas y estándares y el nivel deseado de especificidad en el cual formular directivas respecto de un asunto particular. La obediencia incivil revela el potencial subversivo latente la precisión regulatoria, y, al hacerlo cataliza el cambio legal y aumenta el costo de la producción legislativa.

B. *Doctrinas trans-sustantivas*

¹⁵³ Coinage Act, 1971, c. 24, § 2(1d) (U.K.). Para ver reglas similares, ver, por ejemplo Currency Act 1965 (Cth) s 16(1) (Austl.) (restringe la posibilidad de pagar en monedas de varias denominaciones); Currency Act, R.S.C. 1985, c. C-52, § 8 (Can.) (igual). La nueva limitación en el Senado de Estados Unidos frente a la figura del filibustero muestra otro ejemplo de una serie de reglas más intrincadas que se adoptan para contrarrestar los usos de la regulación previa para actividades incivilmente obedientes. Ver supra nota 102 (describe este desarrollo).

¹⁵⁴ Ver, e.g., Dodson, supra nota 133, en 16 (resume la literatura). Por el contrario, los estándares usualmente se elogian por, entre otras cosas, ser más fáciles de elaborar y más justos cuando se aplican a casos particulares. Id. En 17.

¹⁵⁵ El límite que estableció el Reino Unido para los pagos en monedas de bronce de veinte centavos, por ejemplo, elimina no sólo las protestas disruptivas contra impuestos sino también los intentos inocentes de niños que vacían la alcancía en bancos o tiendas de dulces.

Los diseñadores legales también pueden buscar restringir la obediencia incivil de forma más comprehensiva, mediante principios generales o “normas intercaladas” que condicionan todos los usos de los derechos a cierta forma de hacerlo¹⁵⁶. En la práctica contemporánea, las doctrinas de abuso del derecho, equidad, y preferencia, en particular, han llegado a cumplir esta función.

1. *Abuso del derecho, equidad y doctrinas relacionadas.* – Una versión de la teoría del abuso del derecho (*abus de droit*) aparece en muchas jurisdicciones civilistas y mixtas al igual que en el derecho internacional¹⁵⁷. La idea básica es que la conducta que se adhiere a los términos exactos de la ley puede ser, de todas formas, tratada como ilegal cuando es lo suficientemente irracional o antisocial – abusiva – en algún aspecto. “En el derecho internacional”, por ejemplo, “el abuso del derecho se refiere a un estado que ejerce su derecho, ya sea de una forma que impide el goce de los derechos por parte de otros estados o con un fin distinto de aquel para el cual fue creado el derecho en perjuicio de otro estado”¹⁵⁸. En el contexto doméstico, la doctrina actúa como una salvaguardia en contra de interpretaciones legalistas de derechos, poderes, privilegios, acciones o inmunidades de partes privadas que reflejan mala fe o imponen costos sociales injustificados¹⁵⁹. El abuso del derecho

¹⁵⁶ Ver Vaughan Lowe, *The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?*, en *The Role of Law in International Politics* 207, 212–21 (Michael Byers ed., 2000) (define las “normas intersticiales” como normas que carecen de “carga normativa independiente propia” y que más bien “dirigen la forma en la que normas en conflicto o en competencia que sí tienen su propia normatividad deben interactuar en la práctica”, y cita el abuso del derecho como un ejemplo de ello).

¹⁵⁷ Para ver encuestas útiles, ver Council of Europe, *Abuse of Rights and Equivalent Concepts* (1990), y Michael Byers, *Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age*, 47 *McGill L.J.* 389 (2002). La doctrina se ha codificado sustancialmente en los sistemas domésticos europeos pero permanece, en general, sin codificar en el derecho internacional.

¹⁵⁸ Alexandre Kiss, *Abuse of Rights*, en 1 *Encyclopedia of Public International Law* 4, 4 (Rudolf Bernhardt ed., 1992).

¹⁵⁹ El término “abuso del derecho” es, entonces, engañosamente restringido en cuanto a que sugiere que sólo están incluidos los derechos Hohfeldianos. Cf. Joseph M. Perillo, *Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept*, 27 *Pac. L.J.* 37, 54 n.76 (1995) (invoca a Hohfeld y analiza el “término ‘abuso de derecho’” como es usado por muchos otros y que “incluye derechos, poderes, privilegios, inmunidades, etc.”). Hay un largo debate sobre si el término es aun más engañoso pues la conducta que se define como constitutiva del abuso de derecho se entiende mejor como una que nunca estuvo dentro del alcance del derecho, en lugar de cómo un ejercicio genuino de ese derecho y que pierde su protección por su carácter abusivo. Ver, e.g., 2 Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law* no. 871 (La. State Law Inst. Trans., 11th ed. 1939) (insiste que “el derecho se acaba cuando comienza el abuso”); Frederick Schauer,

“suaviza la aspereza de la ley positiva y de las provisiones contractuales a la luz de las preocupaciones de la sociedad que trascienden intereses individuales”¹⁶⁰.

Es improbable que las formulaciones más precisas del abuso del derecho mantengan a raya a la obediencia incivil. Estas formulaciones, al enfocarse en el interés subjetivo de la titular del derecho, se preguntan si hacerle daño a otro fue su único o principal propósito al actuar como lo hizo¹⁶¹. El ejemplo clásico es la propietaria de un terreno que erige una alta cerca en su propiedad con el único, malicioso propósito de privar a su vecina de la luz natural¹⁶². Una versión más flexible y objetiva de la doctrina prohíbe una conducta de alguna forma legal pero que carece de un “interés legítimo”, como cuando una propietaria “bombea agua desde su propiedad, alimentando el molino de su vecina, y termina desperdiciándola”¹⁶³. La obediencia incivil, como la hemos definido, muy probablemente evade estos entendimientos del abuso del derecho. La clase limitada a los actos maliciosos y arbitrarios es fácilmente distinguible del intento consciente y comunicativo de la obediencia incivil de generar una transformación duradera sobre una ley o política.

No obstante, formulaciones más amplias del abuso del derecho sí pueden plantear un reto significativo para la obediencia incivil. Algunas de estas

Can Rights Be Abused?, 31 *Phil. Q.* 225, 225–27 (1981) (explora este enigma).

¹⁶⁰ A.N. Yiannopoulos, *Civil Liability for Abuse of Right: Something Old, Something New . . .*, 54 *La. L. Rev.* 1173, 1195 (1994); ver también Joseph Voyame et al., *Abuse of Rights in Comparative Law, en Abuse of Rights and Equivalent Concepts*, supra nota 154, en 23, 23 (describe el abuso del derecho como “un mecanismo legal diseñado para superar la inflexibilidad de la relación legal que se deriva de las reglas propias de los estatutos, decisiones judiciales o tratados”).

¹⁶¹ Ver Byers, supra nota 154, en 393–94 (enumera a Alemania, Italia, y Austria como ejemplos de sistemas legales que conciben el abuso del derecho en esos términos); Voyame et al., supra nota 157, en 28–31 (enumera a Italia, Austria, y Liechtenstein como países que continúan empleando una aproximación “extremadamente estrecha” a entender la “intención maliciosa como . . . el único elemento esencial del abuso”). El Código Civil alemán, por ejemplo, estipula que “[e]l ejercicio e un derecho es ilegal si su propósito únicamente puede ser causarle un daño a un tercero”. Byers, supra nota 154, en 393 (cita a *Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Código Civil] art. 226 (Alem.)*, traducido en *The German Civil Code* (Simon L. Goren trans., 1994)).

¹⁶² Ver Anna di Robilant, *Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law*, 61 *Hastings L.J.* 687, 691 (2010) (identifica esto como un “ejemplo clásico de libro de texto” de abuso del derecho).

¹⁶³ *Id.*; ver también Voyame et al., supra nota 157, en 31–35 (discute sobre los países que “definen cualquier acto dañoso llevado a cabo en ausencia de interés legítimo como abuso”).

formulaciones cuestionan si la conducta de la titular del derecho es contraria al “funcionamiento normal” del derecho o su “propósito socio-económico”¹⁶⁴, mientras que otras cuestionan si su conducta es irracional “a la luz de la consciencia social predominante”¹⁶⁵, o a la luz de “la desproporción entre su interés de ejercer el derecho y el daño generado por ese ejercicio”¹⁶⁶. Todas estas variantes más amplias se enfocan, de una forma y otra, en “el acto en sí mismo” y en si es “anormal o excesivo” o “si tiene consecuencias inaceptables”¹⁶⁷. Usualmente una forma de razonamiento teleológico respalda estas disquisiciones. Se asume que el abuso ocurre cuando el comportamiento de la titular del derecho es consistente con la ley formal a primera vista, pero “inconsistente con el objetivo de la institución, su espíritu y su fin último”¹⁶⁸.

No es difícil imaginar cómo podrían ser aplicadas estas nociones del abuso del derecho para reprimir la obediencia incivil. Los empleados que ejercen el ‘trabajo según las reglas’ pueden ser (y han sido) acusados de socavar el “funcionamiento normal” del lugar de trabajo¹⁶⁹. Los contribuyentes de impuestos que pagan con peniques podrían ser acusados de actuar de forma irracional y antisocial. Los críticos que abogan por agotar el sistema de bienestar podrían ser acusados de pervertir el propósito socioeconómico de las leyes de beneficios públicos. Y así. Incluso los miembros de la National Motorists Association que manejaron al límite de velocidad podrían ser acusados de abusar del “fin último” de las leyes de conducción de asegurar el calmado y seguro flujo de tráfico. Si esta lógica se extendiese al derecho público doméstico, el abuso del derecho podría suministrar una base

¹⁶⁴ Di Robilant, supra nota 159, en 691–92; ver también e.g., John H. Crabb, *The French Concept of Abuse of Rights*, 6 *Inter-Am. L. Rev.* 1, 9 (1964) (“Cuando el derecho está siendo abusado, el actor está técnica o mecánicamente dentro de los límites formales del derecho acordado, y puede además estar actuando cuidadosamente. Pero no está empleando el derecho conforme a su naturaleza y propósito...”).

¹⁶⁵ Kazuaki Sono & Yasuhiro Fujioka, *The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan*, 35 *La. L. Rev.* 1037, 1037 (1975).

¹⁶⁶ Byers, supra nota 154, en 395 (cita BW art. 13(2) (Neth.), traducido en *New Netherlands Civil Code* (P.P.C. Haanappel & Ejan Mackaay trans., 1990)).

¹⁶⁷ Voyame et al., supra nota 157, en 35 (resume el acercamiento de los países que “aplican una concepción objetiva del abuso del derecho”).

¹⁶⁸ Id. en 33 (cita a Louis Josserand, “el padre” de la teoría francesa moderna de abuso del derecho).

¹⁶⁹ Ver di Robilant, supra nota 159, en 691–92 (“Como una de las principales problemáticas industriales del siglo diecinueve [en Europa], se determinó que las uniones abusaban de su derecho a la huelga cuando su acción se alejaba de la “función normal” del derecho.”).

poderosa para atacar los comportamientos como aquellos de las minorías del senado y su incansable uso de los privilegios procedimentales¹⁷⁰.

La obediencia incivil, una vez más, provoca al aprovechar las brechas entre el texto de las directivas legales y las costumbres o los propósitos asociados con ellas. Las versiones más amplias de la doctrina del abuso del derecho cierran estas brechas como un asunto del derecho mismo. Ellas le imponen, efectivamente, un requisito de civilidad a todas las transacciones legales. Si las prohibiciones de conductas revoltosas, alteración pública, y similares pueden refrenar la obediencia incivil mediante una mezcla de reglas discretas y estándares, el abuso del derecho puede volverse un súper-estándar itinerante – con implicaciones de tamaños gigantes para los costos típicos y los beneficios asociados con la forma regulatoria. Comparado con una colcha de retazos de directivas que se enfocan en la incivildad en dominios específicos, una doctrina amplia del abuso del derecho es significativamente más fácil de desarrollar y adaptar a nuevas circunstancias. También es significativamente posible que genere confusión, efectos de enfriamiento y de discreción judicial y ejecutiva¹⁷¹.

Por fuera del enclave civilista de Luisiana¹⁷², la doctrina del abuso del derecho ha jugado un rol muy poco explícito en el sistema legal anglo-americano. Casos ingleses del tardío siglo diecinueve discutiblemente rechazan las formulaciones subjetivas de la doctrina enteramente, como estableció Lord Halsbury en su famosa declaración en el caso *Mayor of Bradford v. Pickles*, “si es un acto legal, sin importar cuán dañino su motivo, tenía el derecho a hacerlo”¹⁷³. Sin embargo, como lo han documentado varios

¹⁷⁰ Ver supra notas 96–102 con su texto acompañante (describe estos comportamientos del Senado). Actualmente, la doctrina del abuso del derecho “raramente se menciona en el derecho constitucional” aunque algunos juristas europeos influenciales han comenzado a generar este cambio. Andrés Sajó, *Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness*, en *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights* 29, 33 (Andrés Sajó ed., 2006). El abuso del derecho ha sido objeto de “negligencia” por parte del derecho público, según Sajó, por la prominencia de conceptos como “poder discrecional y soberanía legislativa” y la prioridad de la que gozan los acercamientos más “categóricos” (que balanceadores) a los derechos. Id. En 34.

¹⁷¹ Sobre la notoria vaguedad del abuso del derecho, ver, por ejemplo Robert Krieps, *General Report*, en *Abuse of Rights and Equivalent Concepts*, supra nota 154, en 166, 173 (“[I]ncluso a un jurista experimentado ... se le dificultaría explicar precisamente cuál es el criterio que determina que un derecho ha sido abusado...”); Voyame et al., supra nota 157, en 23 (“[E]n la mayoría de los países no hay un acuerdo unánime sobre el alcance de la prohibición de abusar los derechos; las disputas doctrinales y los juicios contrarios son muy comunes.”).

¹⁷² Ver en general Yiannopoulos, supra nota 157 (revisa la historia del abuso del derecho en la ley de Luisiana).

¹⁷³ [1895] A.C. 587 (H.L.) 594 (apelación tomada de Eng.).

académicos, los Estados Unidos y otras jurisdicciones de common-law de todas formas emplean un número de conceptos que sirven una función comparable en el derecho privado “bajo las etiquetas de perturbación, constreñimiento, buena fe, desperdicio económico, política pública, mal uso de derechos copyright y de patentes, falta de propósito de negocio en derecho tributario, extorción, y otras”¹⁷⁴. Cuando apliquen estos conceptos, pueden ser útiles similarmente para restringir la obediencia incivil. Una aplicación imprevista y mecánica de un término contractual, por ejemplo, puede interpretarse como violatoria del deber implícito de buena fe¹⁷⁵.

Históricamente, la doctrina de equidad ha jugado un rol especialmente importante en los sistemas de common-law al controlar la conducta que se adhiere a los requisitos formales de una ley pero se enfrenta los propósitos o a los valores que la ley busca. Muchos de los conceptos discutidos arriba “son en sí mismos ampliamente ... el resultado de la fuerza gravitacional de las doctrinas de equidad que traen consigo un recurso judicial de último ocasión para invalidar una conducta aparentemente legal cuando las estrategias interpretativas disponibles tendrían una credulidad forzada y debilitarían el significado legal general”¹⁷⁶. Según la teoría de equidad de la “válvula de seguridad” de Henry Smith, su función principal ha sido prevenir comportamientos oportunistas que serían muy costosos de definir e impedir ex ante¹⁷⁷. Como el abuso del derecho en los sistemas civilistas, la equidad

¹⁷⁴ Perillo, supra nota 156, en 40; ver también e.g., D.J. Devine, Some Comparative Aspects of the Doctrine of Abuse of Rights, 1964 Acta Juridica 148, 164 (“A pesar de la falta de un principio general del abuso del derecho, ... en algunos casos particulares, el derecho inglés sí admite lo que se podría definir como su doctrina.... Estos casos particulares aplican únicamente en el derecho sobre conspiración, abuso del poder, y difamación mediante un privilegio calificado.”); di Robilant, supra nota 159, en 696 (expone que el abuso del derecho estaba “operando silenciosamente” en el derecho privado inglés y, especialmente, en el estadounidense durante el tardío siglo diecinueve y temprano siglo veinte, mediante “equivalentes funcionales” como los “tests de ‘malicia’ y las reglas del ‘usuario razonable’”).

¹⁷⁵ Pero cf. Perillo, supra nota 156, en 69–77 (enfatisa la confusión que rodea la idea de buena fe en el derecho contractual estadounidense y defiende que el marco legal del abuso del derecho debería ser más claro y debería tener ‘más dientes’).

¹⁷⁶ Email de Jody S. Kraus, Patricia D. & R. Paul Yetter Profesor of Derecho y Profesor de Filosofía, Columbia Law Sch., a los autores (Sept. 8, 2014, 3:26 PM EDT) (en archivo con la *Columbia Law Review*).

¹⁷⁷ Henry E. Smith, An Economic Analysis of Law Versus Equity (Oct. 22, 2010) (manuscrito sin publicar), disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LEO/HSmith_LawVersusEquity7.pdf (en archivo con la *Columbia Law Review*). Para ver una teoría similar sobre el deber de la buena fe en el derecho contractual, ver Ejan Mackaay, The Economics of Civil Law Contract and of Good Faith 15 (2009) (manuscrito sin publicar), disponible en https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3016/Mackaay_Treb

abastece a los abogados comunes con un “artefacto anti-oportunismo” altamente adaptable¹⁷⁸.

Es importante ver, no obstante, que el éxito de la equidad y sus ramificaciones en la prevención de la obediencia incivil ha sido incompleto. Esto es así por lo menos por dos razones principales. Primero, como nota Smith, la equidad interviene “en un dominio limitado”¹⁷⁹. Incluso si las “tradiciones distintivas de equidad ahora permean el sistema legal” de cierta forma siguiendo la unión entre el derecho y la equidad en la mayoría de las cortes estadounidenses¹⁸⁰, el formalismo, las reglas claras, y otros límites a la discreción judicial continúan restringiendo el alcance de la equidad¹⁸¹, especialmente en el ámbito del derecho público¹⁸². Segundo, la obediencia incivil no necesariamente implica oportunismo, ni en el sentido económico de “búsqueda del interés propio con artimaña”¹⁸³, ni en la formulación preferida

ilcock-Symposium%20_3_.pdf (en archivo con la *Columbia Law Review*) (defiende que la buena fe proporciona un “concepto residual con el que se pueden plantear nuevas soluciones [para el oportunismo] ya que ninguna de las existentes es apropiada”).

¹⁷⁸ Smith, supra nota 174, en 33.

¹⁷⁹ Id. en 53.

¹⁸⁰ Douglas Laycock, *The Triumph of Equity*, 56 *Law & Contemp. Probs.*, Summer 1993, en 53, 53.

¹⁸¹ Ver, e.g., Paul MacMahon, *Good Faith and Fair Dealing as an Underenforced Legal Norm*, 99 *Minn. L. Rev.* (publicará en 2015) (manuscrito at 38–49) (en archivo con la *Columbia Law Review*) (profundiza en la “sub-aplicación” del deber de buena fe en el derecho contractual estadounidense).

¹⁸² Ver, e.g., Stephen B. Burbank, *The Bitter with the Sweet: Tradition, History, and Limitations on Federal Judicial Power—A Case Study*, 75 *Notre Dame L. Rev.* 1291, 1292 (2000) (“No tomó mucho tiempo desde que el Profesor Chayes celebró el “triunfo de la equidad” en el litigio de derecho público para reconocer que el anuncio había sido prematuro... (citando a Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 *Harv. L. Rev.* 1281, 1292 (1976)); Thomas D. Rowe, Jr., *No Final Victories: The Incompleteness of Equity’s Triumph in Federal Public Law*, 56 *Law & Contemp. Probs.*, Verano 1993, en 105, 105 (revisa los casos que “demuestran la naturaleza limitada del ‘triunfo’ de la equidad en el derecho público federal” y la “hostilidad [de la moderna Corte Suprema] hacia el espíritu de la equidad” en esta área); David E. Pozen, *Constitutional Bad Faith*, 129 *Harv. L. Rev.* (próximo a publicar en 2016) (manuscrito en 8–19) (en archivo con la *Columbia Law Review*) (documenta la marginalización del principio de buena fe en el derecho constitucional estadounidense); cf. Vernon Valentine Palmer, “*May God Protect Us from the Equity of Parlements*”: Comparative Reflections on English and French Equity Power, 73 *Tul. L. Rev.* 1287, 1292 (1999) (“[Históricamente,] la equidad inglesa fue destinada únicamente al derecho privado. Tuvo muy poca o ninguna dimensión o aplicación en el derecho público ...”). El abuso del derecho ha sido similarmente marginado, en los países europeos, del derecho público doméstico. Supra nota 167.

¹⁸³ Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism* 47 (1985).

de Smith que es el comportamiento “que sería prohibido contractualmente si los costos de transacción ex ante fueran menores” y que “usualmente viola normas morales”¹⁸⁴. Dada su ambición consciente y reformista, la obediencia incivil es una categoría moralmente más ambigua. Incluso cuando los principios de equidad dominan, estos pueden no restringir la obediencia incivil.

Los ejemplos de este artículo reflejan este aspecto. Los senadores que le han dado un uso ‘incivil’ a sus privilegios procedimentales no han sido sujetos de ninguna sanción legal. Tampoco lo fueron los miembros de la National Motorists Association que manejaron al límite de velocidad; ni Stephen Colbert cuando planteó su estrategia con la cabeza de su Super PAC en televisión nacional sin técnicamente “coordinarla”; ni ninguno de los abogados y activistas que han tratado de hacer colapsar el sistema de justicia penal y el sistema de beneficios públicos. No es coincidencia que los ejemplos que se acercan más al oportunismo ordinario – el esquema de casarse-divorciarse de los Boyters, y el ‘trabajo según las reglas’– hayan encontrado mayor resistencia jurídica. Sin embargo, incluso estos casos revelan los límites de esta resistencia. Aunque una corte de apelación eventualmente sugirió que los divorcios de los Boyters podrían ser definidos como transacciones simuladas, fraudulentas, nunca falló de acuerdo a esta sugerencia¹⁸⁵. Y mientras que algunas campañas de ‘trabajo según las reglas’ han sido tratadas como huelgas parciales no autorizadas, a otras les ha ido mucho mejor cuando son llevadas a las cortes¹⁸⁶, y el National Labor Relations Board “no se ha manifestado directamente sobre el estatus legal del ‘trabajo según las reglas’ ni ha delimitado cuándo cruza la línea para volverse huelga parcial no autorizada”¹⁸⁷.

En suma, tanto el espíritu de la equidad como sus manifestaciones doctrinales específicas en el derecho de contratos estadounidense, responsabilidad civil, y demás pueden ser empleados para controlar la obediencia incivil, especialmente cuando se manifiestan de forma engañosa o interesada. Pero no han eliminado por completo esta forma de disenso. En la práctica contemporánea, el abuso del derecho parece ofrecer una herramienta más poderosa para disciplinar y prevenir el uso de la obediencia incivil.

¹⁸⁴ Smith, *supra* nota 174, en 9.

¹⁸⁵ Ver *supra* nota 148 con texto acompañante (discute este litigio).

¹⁸⁶ Ver *supra* nota 147 con texto acompañante (estudia el derecho mixto de casos en esta área).

¹⁸⁷ Robert M. Schwartz, *Strikes, Picketing, and Inside Campaigns* 30 (2006).

Estas observaciones plantean las interesantes – y potencialmente comprobables¹⁸⁸ – preguntas de si la obediencia incivil tiende a florecer en las jurisdicciones de common-law en comparación con las de derecho civil (haciendo así aún más apropiada la etiqueta de ‘incivil’). La falta de una doctrina autónoma de abuso del derecho parecería darle más fuerza y respaldo jurídico a la obediencia incivil en los Estados Unidos que, digamos, en Francia; los estadounidenses que ejercitan sus derechos de formas inconventionales y disruptivas deben enfrentarse a menos posibilidades de condena formal en las distintas áreas del derecho. También pueden enfrentarse a menos posibilidades de condena informal, pues la misma existencia de una doctrina de abuso del derecho le facilita a las personas de un país civilista reconocer la adherencia hiperbólica a la ley en forma de incivilidad, como un potencial ‘abuso’ del sistema en lugar de un modo inusualmente restringido de disenso. La ausencia de esta doctrina en los Estados Unidos puede reflejar características de nuestra cultura legal que facilitan la obediencia incivil en un sentido más profundo, tales como los niveles comparativamente menores de comodidad con el pensamiento teleológico y la ponderación como métodos interpretativos, o niveles comparativamente mayores de reverencia por el razonamiento teórico y el individualismo liberal¹⁸⁹.

2. Doctrina de la *Preferencia*. – El abuso del derecho y las doctrinas relacionadas pueden entonces servir como una barrera contra la obediencia incivil de partes privadas, al igual que de los estados-nación, al remover la protección legal de un conjunto amplio de oportunidades de incivildades legalistas. Estas doctrinas, no obstante, se han mantenido al margen del derecho público doméstico en general y el derecho público estadounidense en particular. Como lo hemos descrito, un sistema federal como el de los Estados Unidos es perfecto para sufrir un tipo especialmente molesto de obediencia incivil – cuando los estados promulgan medidas que alardean de su respeto superficial por la ley o política federal mientras que, al mismo tiempo, buscan subvertirla¹⁹⁰. Más allá de cualquier principio constitucional que limita la autoridad legislativa estatal en los dominios específicos, la doctrina trans-

¹⁸⁸ Los retos empíricos y metodológicos serían formidables, pero los investigadores podrían lograr hacer las comparaciones inter-jurisdiccionales de los datos sobre ‘trabajo según las reglas’, el pago de impuestos en monedas, los esfuerzos coordinados por ahogar las cortes, etc. Como mínimo se podrían usar encuestas y experimentos para evaluar las percepciones sobre las varias formas de obediencia incivil en sujetos de ‘common-law’ y derecho civil.

¹⁸⁹ Cf. H.C. Gutteridge, *Abuse of Rights*, 5 Cambridge L.J. 22, 22 (1933) (afirma que “la teoría de abuso del derecho ... ha sido rechazada por nuestro derecho [anglo-americano] y reemplazada por la “teoría del alcance de los derechos individuales que sólo puede ser descrita como la consagración del espíritu del egoísmo irrestricto”).

¹⁹⁰ Ver supra Parte II.B.4.

sustantiva de preferencia ofrece la salvaguardia más importante en contra de esta variante legislativa de obediencia incivil.

La preferencia de obstáculo (obstacle preemption)¹⁹¹ es la clave. Como se está configurada comúnmente, la doctrina estadounidense de preferencia alcanza no sólo las leyes estatales que son expresamente desplazadas por un ley federal o que ocupan un campo regulatorio que le pertenece exclusivamente al gobierno federal, sino también las leyes estatales que implícitamente están en conflicto con una ley federal. Tal conflicto puede surgir o cuando “el cumplimiento de ambas regulaciones, federal y estatal, es una imposibilidad física”¹⁹², o, de forma más amplia, cuando una ley estatal “se comporta como un obstáculo para el cumplimiento y la ejecución de la totalidad de los propósitos y objetivos del Congreso”¹⁹³. Esta ramificación más amplia de la doctrina de preferencia implícita es paralela a las ramificaciones más amplias de la doctrina de abuso del derecho en su favorecimiento de las consideraciones funcionales y propositivas, y en la discreción que se le otorga subsecuentemente a los jueces¹⁹⁴. Como con el abuso del derecho, la preferencia de obstáculo se rehúsa a aceptar que la compatibilidad técnica con el lenguaje legal asegura la legalidad sustantiva.

El caso de *Arizona v. United States* muestra un notable ejemplo reciente de cómo la preferencia de obstáculo puede frustrar la obediencia incivil¹⁹⁵. Como se expone en la Parte II, los arquitectos legales del S.B 1070 de Arizona buscaron aislarse a sí mismos de un reclamo de preferencia, incluso cuando estaban en desacuerdo con la política de inmigración del gobierno federal, mediante la imitación de los términos de la ley de inmigración federal. No puede decirse que un estatuto estatal choca con un estatuto federal, argumentaban, cuando los dos usan las mismas palabras¹⁹⁶. En un salvamento de voto, el Magistrado Scalia reconoció este acercamiento como un “cumplimiento completo” con la ley federal¹⁹⁷. Sin embargo, la mayoría de

¹⁹¹ Se refiere a la invalidación de una ley estatal que entra en conflicto con una ley federal.

¹⁹² Fla. Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul, 373 U.S. 132, 142–43 (1963).

¹⁹³ Hines v. Davidowitz, 312 U.S. 52, 67 (1941).

¹⁹⁴ Ver, e.g., Crosby v. Nat'l Foreign Trade Council, 530 U.S. 363, 373 (2000) (“Lo que se entiende como un obstáculo suficiente es objeto de juicio subjetivo, estar informado mediante la examinación del estatuto federal como un todo y la identificación de su propósito y efectos buscados”).

¹⁹⁵ 132 S. Ct. 2492 (2012); ver también supra notas 119–122 con texto acompañante (describe la ley de inmigración de Arizona mencionada).

¹⁹⁶ Ver supra note 122 con texto acompañante (explica la teoría de la “teoría de la imagen reflejo”).

¹⁹⁷ *Arizona*, 132 S. Ct. at 2522 (Scalia, J., de acuerdo en parte y en desacuerdo en parte); ver también id. en 2521 (“Decir como lo dice la Corte que *Arizona* *contradice*

los magistrados rechazaron la teoría de la imagen-reflejo bajo el argumento de que provisiones clave del S.B. 1070 fueron diseñadas para “debilitar la ley federal” en lugar de reforzarla¹⁹⁸, creando así “un obstáculo para el desarrollo completo de los propósitos y objetivos del Congreso” en la regulación de la inmigración¹⁹⁹. La repetición meticulosa de los términos utilizados en la ley federal, razonó la Corte, puede ser tan disruptivo como su abierto rechazo. Aunque los hechos del caso *Arizona* pueden ser peculiares, este razonamiento es se puede generalizar de forma amplia. La preocupación por la obediencia civil puede llevar a los jueces a mirar con recelo los esfuerzos estatales de asilarse de los dominios de inmigración y asuntos externos, que son, tradicionalmente manejados con la doctrina de preferencia.²⁰⁰

Arizona v. United States es esclarecedor también en otro aspecto. Para socavar la obediencia incivil estatal, la doctrina de preferencia puede que incluir la discreción de la rama ejecutiva delegada como una parte de la ley federal que tiene un efecto preferencial sobre las leyes estatales. El estado de Arizona argumentó que el S.B 1070 solo se alejó de un aspecto de la ley federal: la ejecución laxa de la rama ejecutiva federal. No se apartó del mandato subyacente del congreso²⁰¹. Pero la Corte se rehusó a dividir el poder legislativo y ejecutivo de esta forma. Por el contrario, concibió la discreción del ejecutivo como un componente integral del diseño de políticas en el Congreso²⁰². Los magistrados en su mayoría no se preocuparon por la supuesta brecha que se había abierto entre la ley relativamente rígida de los

el derecho federal al hacer efectivas cláusulas del Immigration Act que el Presidente se rehúsa a hacer efectivas aturde la mente”).

¹⁹⁸ Id. en 2510 (opinión mayoritaria).

¹⁹⁹ Id. en 2507; ver también id. en 2505 (“La ley de Arizona interferiría con el delicado balance que construyó el Congreso frente al empleo no-autorizado de inmigrantes”).

²⁰⁰ Las leyes estatales que se refieren a inmigración y asuntos externos se han declarado inválidas por razones de preferencia de campo y de conflicto. En *Arizona*, la Corte Suprema invocó ambas formas de preferencia, incluso, extrañamente, en relación con la misma provisión de la ley estatal. Ver id. en 2503 (nota que ciertos “conflictos específicos entre el derecho estatal y el federal simplemente resaltan la razón de ser de la preferencia de campo”).

²⁰¹ Ver supra note 121 con texto acompañante (revisa el argumento de Arizona).

²⁰² Ver Adam B. Cox, *Enforcement Redundancy and the Future of Immigration Law*, 2012 Sup. Ct. Rev. 31, 33 (defiende que *Arizona* “endosa la idea de que el derecho de inmigración es esencialmente producto de ‘legislación’ ejecutiva que tiene poca relación con el derecho de inmigración de los libros”). Aparece un razonamiento similar en *Buckman Co. v. Plaintiffs’ Legal Committee* frente al derecho estatal de responsabilidad extra-contractual. 531 U.S. 341 (2001). La Corte de *Buckman* hizo énfasis en que “el esquema estatutario federal empodera al FDA para sancionar y desalentar el fraude contra la Administración,” y afirmó que la discreción del FDA para ejercer esta autoridad se debe en parte a que la ley federal tenga efecto preferente. Id. En 348.

libros y la ley en acción, más flexible. Al interpretar tal brecha como una característica en lugar de una falla del marco del estatuto federal, las cortes hacen que sea mucho más difícil para los estados sus intentos de retar la política federal y a los agentes del Congreso.

La doctrina de la preferencia de obstáculo, y especialmente, la asignación del efecto preferencial a acciones de la rama ejecutiva son ambas proposiciones controversiales²⁰³. No tomamos ninguna posición en este artículo sobre si deberían ser extendidas o disminuidas a la luz del fenómeno del disenso estatal legalista²⁰⁴. Nuestra posición aquí es que estas doctrinas están bien acomodadas para identificar y controlar tal disenso; que ya están jugando este rol regulatorio, y que es imposible analizarlas sin considerar las variantes de la obediencia incivil a las cuales responden.

C. *Dinámicas descentralizadas:*

Hasta este punto, esta parte se ha enfocado en las respuestas gubernamentales frente a la obediencia incivil, incluyendo la adopción e implementación de doctrinas y directivas oficiales. Sin embargo, en muchos contextos, las dinámicas informales juegan un rol importante en la regulación de estos actos de disenso. La obediencia incivil logra ser incivil y obediente al mismo tiempo al desafiar normas no escritas concerniendo el cómo debe ser cumplida o aplicada la ley. Cuando estas normas ejercen más

²⁰³ Ver, e.g., *Wyeth v. Levine*, 555 U.S. 555, 583 (2009) (Thomas, J., apoya este juicio (“Me he vuelto cada vez más escéptico frente a la jurisprudencia de esta Corte sobre la preferencia de “propósitos y objetivos”. Bajo este acercamiento, la Corte invalida leyes estatales rutinariamente basándose en conflictos con objetivos federales amplios, historia legislativa o nociones generalizadas de los propósitos congresionales que no están presentes en el texto de la ley federal”)); Ernest A. Young, *Executive Preemption*, 102 Nw. U. L. Rev. 869, 871 (2008) (contiene que la preferencia basada en la actividad de la agencia “parece transferir la autoridad preferente del Congreso a la agencia – un resultado que contraviene tanto el texto de la Cláusula de Supremacía como las salvaguardias estructurales del federalismo y la separación de poderes”).

²⁰⁴ Como la creciente literatura reconoce, hay muchas razones por las cuales el disenso estatal frente a la política federal es deseable y, por lo tanto, también hay razones por las cuales se deben mirar con recelo las reformas ‘civilizadoras’. Ver en general Bulman-Pozen & Gerken, *supra* nota 114, en 1284–94 (identifica los potenciales beneficios del “federalismo no-cooperativo”); Hills, *supra* nota 112, en 4 (propone que “la interacción usualmente competitiva entre los distintos niveles de gobierno” puede hacer del “Congreso un regulador más honesto y democráticamente responsable de la conducta en toda la nación”; Ernest A. Young, *The Rehnquist Court’s Two Federalisms*, 83 Tex. L. Rev. 1, 130–34 (2004) (defiende que limitar la preferencia federal sobre la ley estatal promovería valores como participación ciudadana y deliberación).

fuerza disciplinaria, entonces, deberíamos ver menos obediencia incivil. Tres series amplias de variables son especialmente relevantes en este aspecto.

Primero, la obediencia incivil puede estar sujeta a regulación no-jurídica más intensiva en ambientes estrechamente unidos o cohesionados con altos grados de interacción, flujo de información, y confianza entre los participantes²⁰⁵. En estos ambientes, una sustancial literatura ha mostrado que usualmente emergen normas de reciprocidad y decencia que suprimen el comportamiento antisocial²⁰⁶. Una vez establecidas, estas normas que promueven cooperación pueden operar independientemente de, e incluso en contra de, los privilegios formales legales²⁰⁷. Comparada a un conductor o contribuyente que decide cumplir el límite de velocidad de la autopista o el código tributario federal de forma legal pero no convencional, una propietaria en un barrio estrechamente unido puede encontrarse en un escenario diferente. Enfrentada a la decisión de si mostrar su disenso aprovechándose de una tecnicidad en el código de zonas, es más probable que esta haya internalizado normas sociales que le impiden llevarlo a cabo el acto de rebelión (al menos, asumiendo que sus vecinos no apoyan sus objetivos y métodos). Es más probable que ella resista la tentación de usar la salida legalista. En tanto que el derecho privado tiende a regular contextos más

²⁰⁵ Cf. supra nota 62 (discute los distintos tipos de ambientes en los que puede ocurrir la obediencia incivil).

²⁰⁶ Ver, e.g., Robert C. Ellickson, *Order Without Law* 167–78 (1991) (define los grupos estrechamente cohesionados como aquellos en los que “el poder informal está ampliamente distribuido entre los miembros del grupo y la información pertinente para el control informal circula fácilmente entre ellos”, y afirma que sus miembros usualmente tienden a desarrollar y mantener normas de cooperación que enaltecen el bienestar); Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 *J. Legal Stud.* 115, 140 (1992) (discute sobre la importancia de la “concentración geográfica, la homogeneidad étnica y la repetición en los encuentros” para la emergencia de normas de reputación). Pero cf. Lior Jacob Strahilevitz, *Social Norms from Close-Knit Groups to Loose-Knit Groups*, 70 *U. Chi. L. Rev.* 359, *passim* & 365 n.31 (2003) (explora las condiciones bajo las cuales pueden surgir normas cooperativas en grupos no-cohesionados y postula que la habilidad de los miembros de monitorear la falta de comunicación y de comunicar sobre las reputaciones de los demás importa más que el tamaño del grupo en sí).

²⁰⁷ Ver, e.g., Ellickson, supra nota 202, en 4 (“Los vecinos, de hecho, están fuertemente inclinados a cooperar, pero consiguen formar esos esquemas cooperativos no mediante la negociación desde posiciones de poder establecidas, ... sino más bien mediante el desarrollo y la ejecución de normas de adaptación o ‘vecinidad’ que destruyen esas posiciones legales de poder.”); cf. Eric A. Posner, *Law and Social Norms* 12 (2002) (“[E]l hecho de que las personas no dependan del derecho para resolver sus problemas cooperativos cotidianos es claro desde la investigación formal ... y desde el empirismo causal.”).

estrechamente unidos que el derecho público, la obediencia incivil debería tener más fuerza en el último – especialmente en el espacio en el que los ciudadanos ordinarios se enfrentan al estado regulador. Los ejemplos de este artículo de retos al sistema de bienestar, el sistema de justicia penal, y el Internal Revenue Service, entre otras burocracias públicas, le ofrecen soporte anecdótico a esta especulación²⁰⁸.

Estos puntos también pueden aclarar la incidencia de la obediencia incivil al interior de algunos contextos gubernamentales. El senado de los Estados Unidos fue conocido a mediados del siglo veinte como un “club de caballeros”²⁰⁹, una institución “comunitaria en la cual las normas de auto-control y reciprocidad gobernaban el comportamiento de los senadores”²¹⁰. No obstante, a partir de finales de 1980s, el senado se había convertido en un cuerpo totalmente diferente, caracterizado por el individualismo, la desconfianza mutua, y una división partidista cada vez mayor²¹¹. El senado, en otras palabras, perdió su unidad estrecha (en el sentido Ellicksonian) incluso a pesar de que su tamaño se mantuvo igual. Esta transformación, a su vez, facilitó la erosión de las normas no escritas de solidaridad y cortesía que habían impedido previamente el uso de obediencia incivil en cuanto a las reglas de procedimiento de la cámara²¹².

Segundo, y relacionado con lo anterior, es menos probable que la obediencia incivil florezca en contextos en donde existen normas que promueven la cooperación y son respaldadas por sanciones informales efectivas. Como se discutió en la Parte II, aunque los actos de obediencia incivil son considerados como legales, esto no garantiza que escapen el castigo²¹³. Sanciones informales como la represalia, el ridículo y el ostracismo pueden sustituir las sanciones formales como correctivos y frenos para las incivildades percibidas²¹⁴. Los empleados que se embargan en el trabajo

²⁰⁸ Ver supra notas 34–35, 67, 74–79 y texto acompañante (presenta estos ejemplos).

²⁰⁹ Ver U.S. Senate, Citadel, https://www.senate.gov/reference/reference_item/Citadel.htm (en archivo con la *Columbia Law Review*) (última visita Mar. 25, 2015) (describe el libro de William S. White’s 1957 *The Citadel* como uno que “populariza la idea del Senado como un ‘club de caballeros’”).

²¹⁰ Sarah Binder, Through the Looking Glass, Darkly: What Has Become of the Senate?, *Forum: J. Applied Res. Contemp. Pol.*, Dec. 2011, art. 2, at 1, 1.

²¹¹ Ver id. en 1–7 (discute la decadencia de la cortesía en el Senado).

²¹² Ver supra notas 96–102 con texto acompañante (discute la obediencia incivil en el Senado).

²¹³ Ver supra notas 53–56 con texto acompañante (habla sobre las posibles respuestas formales e informales a la obediencia incivil).

²¹⁴ Sobre la variedad de sanciones informales que pueden aplicar ver, por ejemplo, Richard A. Posner & Eric B. Rasmusen, Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions, 19 *Int’l Rev. L. & Econ.* 369, 370–72 (1999) (trata sobre las

según las reglas, por ejemplo, pueden enfrentarse a cualquier tipo de respuesta no oficial por parte de sus jefes, incluso en situaciones en las que las leyes laborales parecen proteger la conducta de los empleados²¹⁵. Ya que a los grupos estrechamente unidos se les facilita imponer sanciones basadas en reputación y reciprocidad²¹⁶, están mejor preparados para ejecutar y desarrollar prohibiciones extralegales frente al disenso legalista. De forma más general, todos los factores que se piensa, refuerzan la eficacia de las sanciones sociales contra los comportamientos desafiantes en un contexto dado – desde monitoreo, hasta homogeneidad en el grupo, hasta repeticiones – tienden a actuar en una correlación con los niveles más bajos de obediencia incivil.

Tercero, y aún más general, las posibilidades de obediencia incivil serán invariablemente moldeadas por la cultura legal que las rodea y el criterio de validez legal que se reconoce en ella. Tomando una ilustración estilizada: En una sociedad A en la que la mayoría de los funcionarios se suscriben a una versión de formalismo combinado con positivismo legal “duro” o “exclusivo”, será un acuerdo general el hecho que determinar la existencia y el contenido de la ley depende exclusivamente de hechos sociales que conciernen a la fuente de normas relevantes, no de principios morales, y que la toma de decisiones debe ser limitada por la formulación lingüística específica de estas normas²¹⁷. No hay nada inherentemente extraño, en tal sociedad, sobre la noción de una manifestante que cumple un estatuto de forma híper-técnica que los otros encuentran ofensiva. Mientras que el estatuto sea propiamente

“sanciones que ejercen las normas [sociales]”).

²¹⁵ Ver, e.g., Caterpillar, Inc., 322 N.L.R.B. 674 (1996) (discute la retaliación formal e informal del supervisor contra los empleados que tienen comportamientos de ‘trabajo según las reglas’).

²¹⁶ Ver, e.g., Toni M. Massaro, Shame, Culture, and American Criminal Law, 89 Mich. L. Rev. 1880, 1916 (1991) (“Las sanciones informales parecen operar mejor en las comunidades estrechamente cohesionadas cuyos miembros no ‘están ensimismados’ y que se apoyan unos en los otros”).

²¹⁷ Positivismo “inclusivo”, “suave,” o “incorporacionista” por el contrario, sostiene que la existencia y el contenido del derecho puede depender de principios morales si estos están explícita o implícitamente incorporados en la regla de reconocimiento de una sociedad. Ver en general Andrei Marmor, Exclusive Legal Positivism, *en* The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law 104 (Jules L. Coleman & Scott Shapiro eds., 2002) (compara el positivismo legal exclusivo e inclusivo); ver también Frederick Schauer, Formalism, 97 Yale L.J. 509, 510 (1988) (define el formalismo como una forma de toma de decisiones restringida por “la formulación lingüística específica de una regla”). Nuestro propósito con este párrafo y el siguiente es transmitir el sentido básico en el que se facilita la obediencia incivil por el formalismo legal y positivismo. Hay una cantidad de matices jurisprudenciales que analizamos en nuestro esfuerzo por ofrecer una declaración sucinta sobre este asunto.

analizado y las acciones de la manifestante sean consistentes con sus términos, incluso los críticos tendrán que conceder que sus tácticas son al menos legales. Si la obediencia incivil revela que el texto de una ley puede ser moldeado de formas peligrosas, es una razón para revisar la ley, no para dudar de la legalidad de la conducta de la alborotadora.

Por el contrario, en la sociedad B en la que casi todo el mundo le rehúye al formalismo y se suscribe a una versión de la ley natural, la ley como integridad Dworkiniana, o cualquier otra interpretación fuertemente “sustantiva” de la ley²¹⁸, la idea de que un estatuto puede ser usado para efectos tan subversivos será mucho más discordante. Confrontado con el contribuyente que paga en peniques o el ejecutivo que persigue una ofensa con fervor sin precedentes, las personas de esta sociedad se preguntarían si este comportamiento es consonante con los propósitos legislativos, las costumbres establecidas, los principios de justicia y ecuanimidad y preocupaciones de este estilo. Y si llegan a la conclusión de que la respuesta es “no”, entonces posiblemente tendrían una razón para retar la legalidad del comportamiento en cuestión, sin importar su conformidad técnica con el lenguaje de un estatuto debidamente promulgado. Preguntas sobre la moralidad política de una táctica estarían inextricablemente atadas (en varios grados y formas, dependiendo de la teoría operacional del derecho que se suscriba) a la pregunta sobre su legalidad. Incluso si estas dos sociedades comparten las mismas leyes en los libros, entonces la obediente incivil en potencia que contempla aprovecharse de la letra de la ley de forma disruptiva tendrá mucha menos confianza en la sociedad B en que su actuar estaría realmente ‘ajustado a derecho’.

Por supuesto, puede ser que hay muy poco que alguien pueda hacer para precipitar un cambio en la sociedad del positivismo o formalismo, o para recalibrar las normas informales y las sanciones que se imponen en un contexto determinado. A diferencia de la doctrina de preferencia o la escogencia entre reglas y estándares, las dinámicas descentralizadas aquí esbozadas no son necesariamente abiertas a ingeniería social. Es al menos concebible, no obstante, que una mayor conciencia de la obediencia incivil influiría y promocionaría actitudes relevantes o acercamientos interpretativos en los márgenes. Y cualquiera que sea su potencial normativo, estas dinámicas pueden avanzar mucho en moldear las experiencias locales de la obediencia incivil.

²¹⁸ Ver Simon, *supra* nota 32, en 79–85 (propone el “sustantivismo” como un término genérico que incluye todas las concepciones de derecho que rechazan las premisas principales del positivismo). La noción de Dworkin de “derecho como integridad” está desarrollada en Ronald Dworkin, *Law’s Empire* 176–224 (1986).

IV. CONTEXTUALIZANDO Y CRITICANDO LA OBEDIENCIA INCIVIL

La práctica de desobediencia civil trae consigo preguntas de justificación urgentes y obvias. En tanto que las personas en una razonablemente funcional democracia liberal tienen una obligación *prima facie* de obedecer la ley²¹⁹, los actos que quebrantan la ley vienen con un tinte de ilegitimidad. Los teóricos de la desobediencia civil, por consiguiente, le han dedicado atención sustancial al asunto de cuándo está moralmente justificada, proponiendo condiciones tales como la existencia de extrema injusticia, disposición de someterse al castigo y el agotamiento de las vías legales de disenso²²⁰. Los actos de obediencia incivil, por el contrario, aparentemente no requerirían tal defensa especial dado que se entiende que cumplen el derecho positivo de la jurisdicción. Es la escéptica de la obediencia incivil la que tiene la carga de establecer las condiciones bajo las cuales su uso *no es* legítimo.

En esta parte, ofrecemos razones para dudar de la utilidad de esta visión para capturar la relación de las dos prácticas con los valores políticos que rigen la esfera pública, especialmente cuando estamos tratando con obediencia incivil a nivel gubernamental. Esta breve discusión tiene como propósito sugerir en lugar de concluir. No ofrecemos ninguna teoría general de la obediencia incivil, ni nos adentramos en debates más amplios con corrientes como la jurisprudencia analítica y filosofía política sobre la naturaleza de una obligación legal ni la justificación de la resistencia a la autoridad. En lugar de ello, resaltamos varios rasgos de la obediencia incivil que tienen relevancia para un análisis normativo, con especial referencia a las formas en las que esta se puede comparar con rasgos correspondientes de la desobediencia civil. También consideramos la interacción entre obediencia incivil e ideología y partidismo. En estas formas, esperamos demostrar más profundamente la importancia práctica y filosófica de la obediencia incivil y arar terreno para futuras investigaciones.

Ejemplos de obediencia incivil como los recolectados en este artículo – y estamos seguramente dejando de lado muchos – pueden tanto motivar como informar esta investigación. Actos moralmente convincentes de desobediencia incivil por parte de los manifestantes de derechos civiles estadounidenses en los 1960s, inspiraron la investigación del rol del

²¹⁹ Esta propuesta es vigorosamente discutada entre varios filósofos. Ver Frederick Schauer, *Official Obedience and the Politics of Defining “Law,”* 86 S. Cal. L. Rev. 1165, 1167 n.10 (2013) (muestra varias fuentes).

²²⁰ Ver Markovits, *supra* nota 9, en 1898–901 (revisa los esfuerzos prominentes por “determinar los límites de la desobediencia liberal justificada”).

incumplimiento de las leyes en una sociedad libre. Tal vez ciertos casos contemporáneos o futuros de obediencia incivil pueden despertar una conversación paralela sobre las problemáticas del cumplimiento de la ley como modo de disenso.

A. *Valores en el derecho público*

Al analizar un fenómeno tan rico y variopinto como la obediencia incivil o la desobediencia civil, los “principios precisos que deciden total y definitivamente casos actuales están claramente fuera de la cuestión”²²¹. Como con el disenso en general²²², la obediencia incivil tiene la capacidad de fomentar el bienestar social y la justicia social en un rango amplio de diferentes contextos. Esto ocurrirá más recurrentemente cuando las tácticas empleadas sean mínimamente disruptivas o coercitivas, especialmente frente a terceros; cuando el mensaje crítico sea atractivo o desatendido en el debate público; y cuando la ley o política bajo estudio sea en sí misma reductora del bienestar o la justicia. La cantidad óptima de obediencia incivil en cualquier sociedad, es importante enfatizar, es mayor que cero. Incluso si los beneficios públicos potenciales de la obediencia incivil parecen ser bastante directos – por ser continuos en especie con los beneficios asociados con otras formas de disenso, incluyendo la desobediencia civil – los costos potenciales de la obediencia incivil son, de alguna manera, más sutiles.

Como asunto inicial, aquellos que le atribuyen importancia y eficacia normativa potencial a los propósitos legislativos o a las costumbres de seguimiento de leyes tienen, por lo tanto, razones para desaprobado la obediencia incivil. La obediencia incivil logra ser provocativa desde el interior de las cuatro esquinas del derecho al desafiar las expectativas y tradiciones sobre cómo será o debería ser cumplida una orden. No es difícil ver, por ejemplo, cómo un Burkeano que cree que esas expectativas y tradiciones son depositarias de una sabiduría colectiva²²³ podría preocuparse por transformaciones recientes tales como la forma en que las minorías del senado ejercen sus privilegios procedimentales²²⁴. O consideremos la

²²¹ Rawls, supra nota 6, en 364.

²²² Ver en general Cass R. Sunstein, *Why Societies Need Dissent* (2003) (afirma que el disenso juega una variedad de funciones sociales valiosas).

²²³ Ver, e.g., Russell Kirk, *The Conservative Mind: From Burke to Elliot* 38 (7th rev. ed. 2001) (hace una lectura de Burke para decir que “incluso el más inteligente de los hombres no puede esperar entender todos los secretos de las morales tradicionales y de los acuerdos sociales; pero podemos estar seguros de que la Providencia, actuando a través del intento y error humano, ha desarrollado cada antiguo hábito por alguna razón importante”).

²²⁴ Ver supra notas 96–102 y texto acompañante (describe estas transformaciones). Aquellos que creen que las “convenciones constitucionales” no escritas tienden a

doctrina civilista del abuso del derecho, que busca, en su formulación común, despojar a conductas formalmente legales de su protección legal porque desprecian el propósito percibido o el espíritu de una ley²²⁵. Esto es precisamente lo que hace de la conducta una de carácter “abusivo”.

El punto acá es simple pero importante: La misma forma en la que la obediencia incivil “trabaja” es ir precisamente en contra de ciertos comportamientos regularizados o interpretaciones sociales que dictan cómo debe ser el comportamiento, y en la que varios sujetos ven mérito intrínseco o instrumental considerable. Justo como nos encontramos con aquellos que, al creer que existe una obligación moral *prima facie* de obedecer la ley, tienen una presunción razonable para desaprobado la desobediencia civil, aquellos que tienen un compromiso de principio con la teoría del propósito o el Burkeanismo en la implementación de la ley, tienen una presunción razonable para desaprobado la obediencia incivil²²⁶.

Otros pueden estar más preocupados por las implicaciones que tiene la obediencia incivil en cuanto a los valores de la esfera pública²²⁷. Aunque la práctica de la obediencia incivil está de acuerdo con el texto de las directivas aplicables, y en ese sentido estricto mantiene el imperio de la ley y el Estado de Derecho, también puede amenazar ideales relacionados tales como cortesía social, responsabilidad y regularidad. Mientras tanto, su la contraparte violadora de la ley, la desobediencia incivil, puede servirle mejor a estos mismos ideales. No queremos condenar a la obediencia incivil (ni celebrar la desobediencia civil) al llamar atención sobre estos puntos. Sí queremos aportar a la literatura sobre desobediencia incivil, complicando aún más la asociación intuitiva entre acatar la ley y el cumplimiento de los valores sustantivos de la misma.

promover estabilidad, eficiencia o justicia en un sistema político pueden estar similarmente preocupados con este tipo de obediencia incivil intra-gubernamental. Ver Pozen, *Self-Help*, *supra* nota 101, en 27–48 (explica las convenciones constitucionales y su aplicación en el contexto estadounidense).

²²⁵ Ver *supra* Parte III.B.1 (explora la relación entre abuso del poder y obediencia incivil).

²²⁶ Decimos “presunto” porque en cualquier caso hay un amplio rango de factores, incluyendo lo justo de la causa de la obediente incivil que pueden superar esos escrúpulos de sus tácticas.

²²⁷ Al decir “valores de la esfera pública” nos referimos a valores como “publicidad, justicia, participación, imparcialidad, responsabilidad, honestidad y racionalidad”, que son entendidos como refuerzos del imperio de derecho y reflejos de los objetivos nucleares de la regulación constitucional y administrativa. Michael Taggart, *The Province of Administrative Law Determined?*, *en* *The Province of Administrative Law* 1, 3 (Michael Taggart ed., 1997).

Tal vez de forma más obvia, los actos de obediencia incivil pueden socavar la honestidad y la transparencia. Ya que la desobediencia civil involucra una violación abierta de la ley, revelaciones sobre las verdaderas intenciones reformistas de la actora generalmente *mitigarían* su exposición legal y de reputación, al poner su conducta transgresora bajo una luz más empática. En contraste, ya que la obediencia incivil involucra un seguimiento ostentoso de la ley, tales revelaciones pueden no suavizar sino incendiar las críticas – e invitar a revisiones hostiles o nuevas interpretaciones de las reglas que facultaron el comportamiento²²⁸ – al aclarar o confirmar una agenda subversiva. La típica desobediente civil tiene un incentivo mayor para ser comunicativa sobre la naturaleza de su protesta; el candor tiene una atracción estratégica y ética para ella. La práctica de desobediencia incivil en general es consecuentemente más inteligible para el mundo, su retórica más cruda y más sincera. Mientras que uno nunca oye sobre una infractora que es ampliamente conocida como una activista o disidente pero insiste ser una criminal ordinaria, uno sí encuentra varias obedientes de la ley que son ampliamente vistas como agentes de cambio pero insisten no serlo²²⁹.

La versión directa de la obediencia incivil es más cercana a la desobediencia civil en este sentido²³⁰. Los miembros de la National Motorists Association que protestaron el límite de velocidad manejando a la velocidad por él indicada; los extranjeros indocumentados que protestaron su prohibición de trabajar no trabajando; el joven Teddy Roosevelt que protestó la clausura de las cantinas los domingos cerrando todas las que abrían ese día – en cada uno de estos ejemplos, los obedientes inciviles no temieron la reconsideración de las leyes que estaban explotando, pues ese era, precisamente, el cambio legal que estaban buscando. La obediencia incivil directa tiene “toda la simplicidad” de atacar la misma ley a la que se adhiere²³¹. La protesta representa y pone en escena su propia crítica.

La versión más prevalente de la obediencia incivil, la indirecta, no es “simple” de esa forma; no tiene un garante intrínseco de inteligibilidad. Los empleados que trabajan según las reglas no necesariamente admiten el sentido en el que están desafiando los deseos de sus empleadores. Los legisladores estatales que regulan las clínicas o los procedimientos del aborto no necesariamente admiten sus deseos de limitar el acceso al aborto. Una dosis de opacidad puede servirle mejor al proyecto reformista. Al cumplir de

²²⁸ Ver supra Partes III.A–B (examina las posibles respuestas legales para hacerle frente a la obediencia incivil).

²²⁹ Cf. supra notas 42–44 y texto acompañante (discute la relación entre comunicación y candor en la práctica de la obediencia incivil)

²³⁰ Ver supra Parte II.B.3 (explica la distinción entre directa e indirecta).

²³¹ Baker, supra nota 83, en 30.

manera conspicua y exagerada la letra de la ley, la obediencia incivil puede oscurecer su propia innovación y propósito – una destreza que no es posible para la desobediencia civil. Entonces, para aquellos que valoran la honestidad y transparencia en el uso de la ley, la variante indirecta de la obediencia incivil debe generar preocupaciones particulares.

Estas preocupaciones, a su vez, contribuyen a una colección más amplia de preocupaciones sobre los valores como responsabilidad, deliberación, virtud cívica, y la función de constreñimiento que cumple la ley, en tanto que esos valores dependen de la honestidad y transparencia en su realización²³². Una analogía vaga puede ser elaborada con lo que David Dyzenhaus llama agujeros grises, o situaciones en las que existen “algunas restricciones legales ... pero son tan insustanciales que le permiten [a una actora] hacer lo que quiera”²³³. Un agujero negro, a diferencia del anterior, ni siquiera pretende restringir. Es un “vacío legal”²³⁴. Como un agujero gris, la obediencia incivil puede permitirle a aquellos que la usan tener su “ponqué y comérselo también” – darle la apariencia de una conducta constreñida por el derecho cuando en realidad se está ejerciendo una discreción extraordinaria, usando la “capa” de legalidad formal para neutralizar la crítica²³⁵.

Dyzenhaus argumenta que los agujeros grises pueden ser más corrosivos que los negros para el imperio de la ley y el Estado de Derecho, entendidos en términos sustantivos o “gruesos”, porque, mientras que los agujeros negros provocan consternación cuando son percibidos, los grises generan quiescencia²³⁶. La escasez de comentarios críticos sobre la obediencia incivil, comparada con la cantidad de discusión sobre la desobediencia incivil, refleja esta asimetría. La desobediencia civil se presenta a sí misma como ilegal y por ende invita, no evade, corrección.

La desobediencia civil también demanda sacrificio personal. La desobediente civil comete una infracción abierta de la ley y por lo tanto le coquetea al

²³² Ver, e.g., Adam Shinar, *Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the Law*, 40 Fla. St. U. L. Rev. 601, 650 (2013) (“La resistencia abierta es posiblemente mejor que la encubierta para promover el diálogo y debate . . .”).

²³³ David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* 42 (2006). Dyzenhaus expresamente relaciona su teoría de los agujeros grises a los funcionarios ejecutivos, pero las conclusiones centrales pueden generalizarse a otros actores.

²³⁴ Id.

²³⁵ Id en 42, 50.

²³⁶ Ver, e.g., David Dyzenhaus, *Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, 27 Cardozo L. Rev. 2005, 2026 (2006) (afirma que los “agujeros grises son más dañinos para el imperio de la ley que los agujeros negros” porque los primeros ocultan su “falta de sustancia”).

castigo por parte del Estado; en muchos casos, ella va más allá y voluntariamente se somete a ese castigo²³⁷. La sinceridad y fuerza de convicción necesarias para motivar tal comportamiento serán generalmente sustanciales. La obediencia incivil implica un riesgo relativamente mínimo de sanción formal. Este riesgo no puede ser eliminado, como se explicó previamente²³⁸, y en algunos contextos las sanciones informales pueden proveer un sustituto significativo²³⁹. Pero la obediente incivil no esperará persecución, encarcelamiento, o castigos similares, y puede anticipar ninguna repercusión negativa vendrá de su actuar. El comparativo bajo costo de la obediencia incivil disminuye la posibilidad de que sea usada únicamente después de agotar los medios convencionales de persuasión. Además de la capacidad de la obediencia incivil de ocultar aspectos de su agenda, este rasgo baja presión hacia en el criterio de la conciencia, incluso en la virtud moral de forma más amplia²⁴⁰.

La desobediencia civil, como fue explicada en la Parte I, paradójicamente expresa fidelidad al sistema legal como un todo incluso mientras quebranta una norma legal específica. La obediencia incivil paradójicamente expresa insolencia hacia el derecho incluso cuando se ajusta a todos sus requerimientos formales. La práctica de la obediencia incivil no sólo frustra algunos de los objetivos sustantivos de la ley sino que también niega su posición de autoridad moral, se burla de su aspiración de guiar el comportamiento de acuerdo con ciertos principios. Si una ansiedad común sobre la desobediencia civil es que la violación abierta de la ley puede generar irrespeto por la ley en sí²⁴¹, la obediencia incivil lleva a preguntarnos sobre las externalidades negativas del cumplimiento extremo de la ley. Al mostrar la manipulación de las reglas para que cumplan fines no intencionados, la obediencia incivil puede producir irrespeto por el proyecto de auto-gobierno mediante la ley.

²³⁷ Ver supra notas 28–30 con texto acompañante (discute estos temas de la desobediencia civil).

²³⁸ Ver supra notas 53–54 con texto acompañante (menciona la posibilidad de encontrar ilegalidad en la conducta de la obediente incivil, así ella genuina y justificadamente crea que está actuando legalmente).

²³⁹ Ver en general supra Parte III.C (analiza la regulación informal de la obediencia incivil).

²⁴⁰ Cf. Brownlee, *Communicative Aspects*, supra nota 11, en 181 (“[L]a manifestante legal no será citada por la ley para defender su decisión de protestar. Esto quiere decir que la intención consciente que fundamenta su protesta no tiene que llenar los mismos estándares a los que sí está sujeta la intención detrás de la protesta de la desobediente civil para distinguirse de una trasgresora ordinaria”).

²⁴¹ Ver, e.g., Brownlee, *Civil Disobedience*, supra nota 6 (evalúa que un riesgo “usualmente atado a la desobediencia civil” es que “puede promover más que otras formas de desobediencia civil; puede promover un irrespeto general por el derecho”).

La obediencia incivil gubernamental exagera estas preocupaciones²⁴². Afecta el proceso regulatorio, y a través de él afecta a los sujetos regulados, de forma más inmediata debido a su lugar dentro de ese proceso. Mientras que las obedientes inciviles particulares deben persuadir a una autoridad mayor de que las reformas que buscan valen la pena, sus contrapartes homólogas gubernamentales pueden, usualmente, llevar a cabo el cambio legal directamente, sin asumir tal carga de persuasión. Y mientras que pertenecer a la ciudadanía privada puede suponer algún tipo de responsabilidad extralegal cívica, pertenecer al equipo de funcionarios del estado exige, en casi todas las concepciones, una responsabilidad mayor. La viabilidad de un gobierno democrático, podría decirse, depende de que los funcionarios se comporten con cierta civilidad – un respeto por los principios de tradición, moderación y cooperación que al mismo tiempo alberguen una buena gobernanza y den un ejemplo saludable para el resto de la comunidad. Puesto que la obediencia incivil arriesga la eficacia o la integridad de, digamos, el senado de los Estados Unidos, la salud del sistema gubernamental estadounidense, no sólo esa institución particular, está en juego.

La obediencia incivil gubernamental también afecta la deliberación y la responsabilidad de una forma especialmente inquietante. En la medida en que los legisladores federales o estatales han usado la capa de obediencia legal para enmascarar el nivel de su desafío a las autoridades establecidas, se han no sólo involucrado en un estilo de sabotaje parlamentario sino que también han privado a sus ciudadanos de un aporte importante al debate público su incidencia en el mecanismo electoral. Han erosionado el proceso representativo.

Estos puntos no deben exagerarse: Como con todos los tipos de obediencia incivil, la obediencia incivil gubernamental no puede ser descartada como un asunto de principio y puede ser justificada tanto moral como legalmente bajo ciertas condiciones. Mucho depende del contexto. Sin embargo, es importante ser claros sobre lo que está en juego. Cuando los funcionarios públicos recurren al disenso legalista, el miedo no es solo frente a un abuso del derecho sino un abuso de poder.

B. *Poder*

Las evaluaciones morales de la desobediencia civil usualmente preguntan si aquellos involucrados hubieran podido alcanzar sus objetivos a través de

²⁴² Ver supra Partes II.B.2, II.B.4 (describen la obediencia incivil por funcionarios gubernamentales e instituciones).

canales normales y legales. Rawls, por ejemplo, dice que la desobediencia civil debería ser usada únicamente como “último recurso”, cuando un grupo “minoritario” ya ha “apelado ante la mayoría política” y ha encontrado que es inamovible²⁴³. Y este lenguaje sugiere que la desobediencia civil es comúnmente asociada con actores que carecen de poder social y gubernamental, aquellos que son vulnerables a perder en el proceso político sin importar la intensidad de sus convicciones.

Nuestros casos paradigmáticos de desobediencia civil involucran apuestas minoritarias por el reconocimiento de derechos a un tratamiento igualitario o a libertades básicas²⁴⁴.

Cualquier evaluación normativamente abarcadora de la obediencia incivil debe lidiar con su uso por parte de aquellos sin poder y de los poderosos por igual. De particular importancia, hemos sugerido, es el hecho de que los agentes gubernamentales y las entidades – los actores más empoderados democráticamente de la sociedad – frecuentemente usan esta forma de disenso legalista. El contraste con la desobediencia civil es impactante. Mientras que el servicio gubernamental ni selecciona ni premia un gusto por la violación de la ley con intención reformista, la obediencia incivil le permite a los funcionarios gubernamentales adelantar posiciones disidentes desde la pose de legalidad que el público espera de ellos²⁴⁵. Pueden llevar a cabo este proceso como individuos (en el caso de los miembros del senado²⁴⁶) o como colectivos (en el caso de las legislaturas estatales retando derechos de aborto y el Affordable Care Act²⁴⁷). Pueden hacerlo dentro de una sola rama del gobierno, entre ramas o niveles del gobierno, o a través de las fronteras nacionales²⁴⁸.

²⁴³ Rawls, *supra* nota 6, en 373.

²⁴⁴ Ver Markovits, *supra* nota 9, en 1899–901 (subraya esta característica de la desobediencia civil tradicional y usa el movimiento estadounidense de derechos civiles como su ejemplo “más prominente”); Brownlee, *Civil Disobedience*, *supra* nota 6 (“Los históricos paradigmas de Gandhi, King, las sufragistas y Mandela representan ese tipo de desobediencia civil que busca garantizar la protección legal de los derechos básicos de una circunscripción electoral específica”).

²⁴⁵ Ver, e.g., Curtis A. Bradley & Trevor W. Morrison, *Presidential Power, Historical Practice, and Legal Constraint*, 113 *Colum. L. Rev.* 1097, 1140 (2013) (analiza “la existencia penetrante del ‘discurso legal’ público” en los Estados Unidos, en el que los funcionarios gubernamentales “casi siempre se esfuerzan por defender que [sus] acciones son legales”).

²⁴⁶ Ver *supra* nota 99 y texto acompañante (evalúa el rol de los ‘holds’ en la obediencia incivil senatorial más reciente).

²⁴⁷ Ver *supra* Parte II.B.4 (considera estos ejemplos).

²⁴⁸ Cf. *supra* notas 154–155 con texto acompañante (describe el concepto relacionado del abuso del derecho en el derecho internacional).

Estudiar la obediencia incivil entonces problematiza la asociación popular entre disidencia y partes privadas que carecen de poder público²⁴⁹. Al mismo tiempo, otros ejemplos importantes de obediencia incivil se ajustan a ese modelo. Vemos defensores penales y recipientes de bienestar ejerciendo sus derechos de formas inesperadamente maximalistas, de la misma manera que vemos a senadores haciendo esto mismo. Hay buenas razones por las cuales la obediencia incivil puede atraer a los miembros más vulnerables de una comunidad. Para aquellos que no pueden permitirse perder un trabajo o pasar tiempo en la cárcel, las potenciales desventajas de resistencia abierta, y especialmente mediante la violación de la ley, pueden parecer demasiado severas. Ya que opera a través de y desde la ley, la obediencia incivil ofrecerá en muchos casos una forma menos riesgosa de protesta²⁵⁰.

Para profundizar más sobre este punto, la obediencia incivil puede ser entendida como una variante peculiarmente legalista de lo que el antropólogo James Scott llama “críticas dentro de la hegemonía”²⁵¹. A través de las culturas, demuestra Scott, el seguimiento exagerado de las normas autoritarias ha sido una fuente crítica de resistencia para grupos subordinados²⁵². Debido a que adopta los términos ideológicos del grupo dominante, este tipo de resistencia es difícil de castigar y de evitar: “Habiendo formulado los términos dentro de los cuales se puede dar el argumento y habiéndolos propagado, el estrato gobernante no puede rehusarse a defenderse en este terreno de su propia escogencia”²⁵³.

²⁴⁹ La academia legal reciente ha complicado esta asociación en otros respectos. Ver e.g., Heather K. Gerken, *Dissenting by Deciding*, 57 *Stan. L. Rev.* 1745 (2005) (dice que las instituciones desagregadas le permiten a las minorías constituir mayorías locales y por ende disentir mediante decisiones de gobernanza; Shinar, *supra* nota 228 (explora la resistencia por parte de los funcionarios gubernamentales frente a las leyes y políticas de las que son responsables por implementar).

²⁵⁰ Ver *supra* notas 233–236 con texto acompañante (discute la responsabilidad limitada que acompaña a la obediencia incivil).

²⁵¹ James C. Scott, *Domination and the Arts of Resistance* 105 (1990) [de ahora en adelante Scott, *Arts of Resistance*].

²⁵² *Id.* en 103–07; ver también, e.g., James C. Scott, *Weapons of the Weak* 26 (1985) (sugiere que en algunos casos la “obediencia simbólica” de una norma detestada puede maximizarse para maximizar la obediencia “real”).

²⁵³ Scott, *Arts of Resistance*, *supra* nota 247, en 105; cf. Saul D. Alinsky, *Rules for Radicals: A Practical Primer for Realistic Radicals* 128 (1971) (“La cuarta regla de las [tácticas de poder] es: *Haz que el enemigo respete su propio libro de reglas*. Puedes acabarlos así pues no podrán obedecer sus propias reglas más que la iglesia católica puede respetar su propia doctrina cristiana”).

Una versión de esta tensión caracteriza a la obediencia incivil. En una sociedad como la estadounidense actual, comprometida en principio y en retórica al valor de la legalidad, la adherencia meticulosa a la letra de la ley presenta un problema especialmente incómodo, pues finge sumisión a uno de los ideales más preciados del estrato gobernante. Algunos de los miembros menos poderosos de la sociedad pueden adoptar este modo de protesta precisamente porque perturba el status quo sin revelar cuán subversiva es.

Si la desobediencia civil y la obediencia incivil son cada una herramientas de resistencia para los grupos marginalizados, igualmente pueden jugar roles muy diferentes. La desobediencia civil ha probado ser una estrategia persuasiva en las campañas por el reconocimiento de lo que los abogados internacionales llaman derechos de primera generación, “derechos políticos y civiles básicos que típicamente toman la forma de protecciones negativas en contra de la acción gubernamental”²⁵⁴. Aunque no exista nada a priori que impida que la obediencia incivil sea usada para estos fines, tanto su dependencia de la ley formal como los ejemplos que hemos coleccionado sugieren que esta se presta más fácilmente para reclamos relacionados con derechos de “segunda generación”²⁵⁵ y ganancias económicas: Luego de que un nivel de las garantías liberales ha sido conferido y de que las regulaciones administrativas han se han fijado, los grupos subordinados pueden usar modos provocativos de obediencia para presionar reformas más abarcadoras. El plan de Cloward y Piven e incontables campañas de trabajo según las reglas, por ejemplo, han buscado promocionar leyes de protección laboral y de beneficios de bienestar para mejorar las circunstancias materiales actuales de tales grupos.²⁵⁶

Aunque la obediencia incivil difiere del paradigma clásico de la desobediencia civil en este respecto, puede encontrar más terreno en común con el fenómeno que Daniel Markovits describe como “desobediencia democrática”²⁵⁷. En lugar de querer proteger los derechos liberales en contra

²⁵⁴ David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 *Calif. L. Rev.* 1163, 1191 (2011).

²⁵⁵ Acá agrupamos muchas complejidades relacionadas con las limitaciones precisas de, y las relaciones entre, los conceptos de ‘primera’ y ‘segunda generación’. Ver e.g., Philip Alston & Ryan Goodman, *International Human Rights* 285 (2012) (analiza estas dos “series de derechos [y afirma que] no pueden separarse lógicamente ni prácticamente en compartimientos herméticos”).

²⁵⁶ Ver supra notas 32–35 con texto acompañante (muestra estos ejemplos).

²⁵⁷ Markovits, supra nota 9. El ensayo de Markovits, que fue inspirado por las protestas anti-globalización de los años 2000, prescientemente anticipó el movimiento de Occupy Wall Street. Ver e.g., id. en 1950–52 (especula sobre la “creciente prominencia” de la desobediencia más preocupada con la legitimidad democrática y la responsabilidad que la misma conlleva que con los derechos

de los excesos democráticos por parte de la mayoría, la desobediencia democrática busca mejorar la democracia en sí misma – entendido en términos republicanos, se trata de exigir participación política robusta y “una sensación propagada de autoría sobre las decisiones colectivas”²⁵⁸ – al superar las fuerzas de inercia “que previenen que un soberano democrático aborde un asunto”²⁵⁹.

Bajo las condiciones correctas, proyectos ambiciosos de obediencia incivil podrían desencadenar similarmente procesos de “re-compromiso soberano”²⁶⁰ con los asuntos que los motivan. El plan de Cloward y Piven, por ejemplo, puede entenderse en estos términos dado su objetivo explícito – y al menos parcialmente realizado – de no eludir un estado que abarca demasiado o intervencionista sino estimular nuevas líneas de debate político, nuevas coaliciones políticas, y una nueva conciencia popular alrededor del sistema de prestaciones sociales que buscan combatir la pobreza ²⁶¹. Se necesitaría mucho más trabajo para caracterizar con seguridad, ni qué hablar de justificar, cualquier acto particular de obediencia incivil como agente de mejora de la democracia en un sentido democrático (o cualquier otro). El punto acá es simplemente que las mismas movidas básicas de Markovits para re-conceptualizar ciertas formas de desobediencia civil de desestabilización política, ampliamente enmarcadas, como aliadas en lugar de amenazas para la democracia; pueden ser desplegadas, mutatis mutandis, en defensa de formas comparablemente ambiciosas de obediencia incivil.

C. *Partidos*

Si la obediencia incivil complica la asociación entre el disenso y canales extralegales con actores privados que carecen de poder político, también puede, tal como se presenta, complicar su asociación con la izquierda política²⁶². Incorporar la obediencia incivil a una tipología más rica del

liberales).

²⁵⁸ Id. en 1913.

²⁵⁹ Id. en 1940. Más específicamente, la desobediencia democrática, “cuando está justificada, persigue procesos más que resultados, emplea la coerción únicamente de formas desestabilizadoras, y le sirve a coaliciones momentáneas más que a circunscripciones electorales pre-establecidas y atrincheradas”. Id. en 1944.

²⁶⁰ Id. en 1927, 1934–36, 1940–41, 1949.

²⁶¹ Ver en general Piven & Cloward, *Weight of the Poor*, supra nota 34 (sugiere cada uno de estos objetivos).

²⁶² Ver, e.g., Soc’y for Personality & Soc. Psychol., *Are Conservatives More Obedient and Agreeable than Their Liberal Counterparts?*, ScienceDaily (Junio 27, 2014), <http://www.sciencedaily.com/releases/2014/06/140627113048.htm> (en archivo con la *Columbia Law Review*) (“Históricamente, los conservadores son tildados de más

disenso posiblemente revelaría que los actos de protesta están más equitativamente distribuidas a través del espectro político e ideológico.

Trabajo reciente de psicología social sugiere que los conservadores políticos valoran el respeto a la autoridad establecida mucho más de lo que lo hacen los liberales políticos²⁶³. Mientras que las bases psicológicas de justicia y cuidado son de máxima importancia para los auto-identificados como liberales, Jonathan Haidt establece que, “las intuiciones sobre autoridad y la importancia del respeto y la obediencia” informan críticamente a los sistemas morales de los auto-identificados como conservadores²⁶⁴. Ya que el disenso, generalmente representa un reto para la autoridad, es, por lo tanto, de esperar que el disenso haya sido más fuertemente asociado con liberales que con conservadores. Y debido a que la desobediencia civil es una forma particularmente aguda de disenso, es especialmente predecible que goce de esta reputación²⁶⁵. La desobediencia civil une un mensaje disidente con una

obedientes y respetuosos de la autoridad. Mientras que los liberales tienden a ser asociados con protestas, y actos directos de rebelión”).

²⁶³ Ver, e.g., Bob Altemeyer, *The Authoritarian Specter* 6–49 (1996) (revisa la evidencia de que los “autoritarios de derecha”, que tienden a ser conservadores, exhiben altos grados de sumisión a las autoridades establecidas); George Lakoff, *Moral Politics: How Liberals and Conservatives Think* 65–140 (2d ed. 2002) (afirma que los conservadores tienen una moralidad de “padre estricto” y los liberales tienen una moralidad de “padre cuidador”; Shalom H. Schwartz et al., *Basic Personal Values, Core Political Values, and Voting: A Longitudinal Analysis*, 31 *Pol. Psychol.* 421, 444–46 (2010) (dice que las personas que promueven valores de conformidad y tradición tienden a ser conservadoras).

²⁶⁴ Jonathan Haidt, *The New Synthesis in Moral Psychology*, 316 *Science* 998, 1001 (2007). Según Haidt:

Los actuales disparadores de la base de Autoridad/subversión ... incluyen cualquier cosa que esté construida como un acto de obediencia, desobediencia, respeto, irrespeto, sumisión o rebelión, en relación con las autoridades que se perciben como legítimas [E]s mucho más fácil para la derecha política que para la izquierda construir esta base pues esta última usualmente se define a sí misma en parte por su oposición a la jerarquía, la desigualdad y el poder.

Jonathan Haidt, *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion* 168 (2013) [de ahora en adelante Haidt, *Righteous Mind*].

²⁶⁵ Ver, e.g., Katherine Beckett & Theodore Sasson, *The Politics of Injustice* 48 (2d ed. 2004) (“Los conservadores [de los años 1960s] identificaban el movimiento de derechos civiles – y, en particular, la filosofía de la desobediencia civil – como una causa líder del crimen.”); Wil Mara, *Civil Unrest in the 1960s: Riots and Their Aftermath* 47 (2010) (“[Los conservadores] tienen muy poca paciencia con aquellos que practican la desobediencia civil. En sus cabezas romper la ley es romper la ley”); Russell Hittinger, *Resisting the Sovereign*, 3 *Tex. Rev. L. & Pol.* 49, 156 (1998) (“[N]o hay casi nada bueno para decir sobre la desobediencia civil desde el frente conservador....”); ver también Abigail A. Fuller, *Conflict Resolution and Conservative Ideology: The Use of Civil Disobedience by Operation Rescue* (Dic.

conducta – incumplimiento de la ley – que es en sí misma una forma provocativa de disenso. La forma y el contenido en conjunto retan el orden legal vigente, lo cual hace de la desobediencia civil, al menos, una práctica incómoda para aquellos que basan sus sistemas morales en bases de respeto por y obediencia a la autoridad.

La obediencia incivil desconecta la forma del contenido. Oculta el disenso en un comportamiento que es, al menos superficialmente, respetuoso frente a la autoridad establecida. Como hemos expuesto, la obediente incivil enfatiza la legalidad formal de su actuar. Tal como la desobediente civil, ella quiere cambiar el sistema, pero lo hace dominando las reglas del sistema. Lo hace desde adentro²⁶⁶. Ese simple aspecto puede hacer de la obediencia incivil una práctica más cómoda para los conservadores a la luz de la evidencia psicológica-social arriba descrita – tal vez aún más si se combina con un cuerpo creciente de investigación que establece que, en el dominio moral, “las personas se preocupan mucho más por la apariencia y la reputación que por la realidad”²⁶⁷.

La presente discusión sugiere la siguiente hipótesis: podemos esperar ser testigos de una inclinación sistemática en la distribución del disenso conservador en la dirección de la obediencia incivil y en la dirección opuesta de la desobediencia civil²⁶⁸. Y efectivamente, como lo indica la Parte II, la

1990) (manuscrito no publicado), disponible en http://www.colorado.edu/conflict/full_text_search/AllCRCDOcs/90-1.htm (en archivo con la *Columbia Law Review*) (dice que la desobediencia civil “casi nunca se ha usado por los movimientos conservadores sociales”). Pero ver Lynn Robert Buzzard & Paula Campbell, *Holy Disobedience: When Christians Must Resist the State* 1–20 (1984) (ofrece ejemplos de desobediencia civil emprendida por conservadores).

²⁶⁶ Cf. Robert W. Gordon, *The Past as Authority and as Social Critic: Stabilizing and Destabilizing Functions of History in Legal Argument*, *en* *The Historic Turn in the Human Sciences* 339, 352 (Terrence J. McDonald ed., 1996) (observa que las tácticas de reforma que explotan la necesidad del sistema legal de formalidad y generalidad y “emplean las normas y procedimientos del sistema en contra del mismo” pueden ser vistas como respetuosas, en un nivel más profundo, de la “legitimidad ideológica del sistema como un todo”).

²⁶⁷ Haidt, *Righteous Mind*, *supra* nota 260, en 86; ver también, e.g., Peter DeScioli & Robert Kurzban, *Mysteries of Morality*, 112 *Cognition* 281 (2009) (habla sobre la importancia de la condenación moral de la tercera parte); Dan Sperber & Nicolas Baumard, *Moral Reputation: An Evolutionary and Cognitive Perspective*, 27 *Mind & Language* 495 (2012) (evalúa las bases evolutivas y cognitivas del deseo humano por asegurarse una reputación moral buena).

²⁶⁸ Esta hipótesis puede deshacerse en el extremo derecho del espectro ideológico donde los individuos están profundamente alienados del orden legal predominante y son menos propensos a aceptar la pretensión de autoridad legítima que ostenta el derecho.

obediencia incivil ha surgido en años recientes a nivel nacional y estatal como una estrategia liderada por la oposición Republicana ²⁶⁹ a la administración Demócrata y, más ampliamente, a las leyes condenadas y las políticas emanadas de fuentes federales. Los retos a la disponibilidad legal del aborto, la política federal de inmigración, Obamacare, y la presidencia de Obama en sí misma han sufrido esta forma híper-legalista de disenso²⁷⁰.

Para ser claros, esta hipótesis no implica que la obediencia incivil es una táctica exclusiva o predominantemente Republicana. Nuestros ejemplos demuestran que Republicanos y Demócratas, liberales y conservadores, participan de esta práctica. Si la obediencia incivil en relación con Obamacare, el aborto y la (percibida) baja ejecución de la ley de inmigración tiene una estampa conservadora/Republicana, la obediencia incivil relacionada con política del sistema de prestaciones sociales, la administración de justicia penal, y la (percibida) sobre-ejecución de la ley de inmigración se ha alineado con una agenda liberal/Demócrata²⁷¹. El punto no es que la obediencia incivil es una práctica distintivamente Republicana, sino que la práctica de disenso del partido Republicano en esta era puede asumir distintivamente la forma de obediencia incivil.

CONCLUSIÓN

El tema de la desobediencia civil ha inspirado un trabajo notoriamente rico por parte de académicos jurídicos y políticos. La práctica actual de desobediencia civil, según algunos de estos mismos académicos, se ha vuelto exponencialmente irrelevante²⁷². En tanto que las garantías frente a las

²⁶⁹ Aunque una gran parte de la literatura psico-social sobre moralidad habla sobre liberales y conservadores en lugar de Demócratas y Republicanos, las correlaciones contemporáneas de liberal-demócrata y conservador-republicano son suficientemente fuertes como para aplicarle las teorías de esta literatura a la política bipartidista. Ver, e.g., Alan I. Abramowitz, *The Disappearing Center* 139 (2010) (“La gran mayoría de los demócratas del Senado y la Cámara son liberales, y la gran mayoría de los republicanos del Senado y la Cámara son conservadores.”); Robert S. Erikson et al., *Public Opinion in the States: A Quarter Century of Change and Stability*, *en* *Public Opinion in State Politics* 229, 238 (Jeffrey E. Cohen ed., 2006) (“Es casi de conocimiento común que los Estados Unidos se está volviendo incrementalmente polarizado en términos de la conexión entre ideología y partido”).

²⁷⁰ Ver *supra* Parte II.B.4, notas 96–102 con texto acompañante (explora estos descubrimientos).

²⁷¹ Otros ejemplos de obediencia incivil que hemos discutido, como la protesta del límite de velocidad, no son tan fácilmente encasilladas en términos de partidos o ideología.

²⁷² Ver, e.g., Barbara B. LaBossiere, *When the Law Is Not One’s Own: A Case for Violent Civil Disobedience*, 19 *Pub. Aff. Q.* 317, 317 (2005) (habla sobre los

libertades fundamentales y el trato igualitario se han extendido a más y más miembros de las democracias del mundo, las formas clásicas de desobediencia civil que buscan vindicar los derechos básicos, han perdido su urgencia²⁷³. El modelo liberal en su totalidad de violaciones cuidadosamente circunscritas de la ley parece ser una solución incómoda para muchas de las preocupaciones morales más importantes en la actualidad²⁷⁴.

Cualquiera que sea el destino de la desobediencia civil, este artículo ha sugerido que su *doppelgänger* (clón al la inversa, o antítesis), legalista está vivo y coleando – y es un elemento cada vez más importante en la política estadounidense. Aún más, la obediencia incivil puede estar teniendo tanto éxito en parte por los mismos eventos que han marginalizado a la desobediencia civil. Incluso cuando la proliferación de derechos, lenguaje en los estatutos, constituciones, y decisiones judiciales ha limitado las oportunidades para la violación consciente de la ley al servicio de libertades básicas, ha expandido simultáneamente las oportunidades para modos disruptivos de adherencia e implementación de la ley. Entre más densa y detallada sea la ley de los libros, entre más reglas haya, habrán también más manifestantes para protestar aprovechándose de esas reglas de forma técnicamente válida pero subversiva. Este artículo es el primer intento de investigar este fenómeno. Académicos, activistas, y reguladores por igual tendrán que continuar el estudio de la obediencia incivil si desean analizar y entender las posibilidades y problemas que presentará esta forma de disenso en los años por venir.

“elementos históricos que han llevado a la caída de la desobediencia civil en los Estados Unidos”); Herbert J. Storing, *The Case Against Civil Disobedience*, en *Civil Disobedience in Focus*, supra nota 10, en 85, 85 (“La característica más notoria de la desobediencia civil es su irrelevancia para los problemas actuales”). Ver en general Brownlee, *Civil Disobedience*, supra nota 6 (“Algunos doctrinantes sostienen que la desobediencia civil es una noción pasada de moda, sobre-analizada que no refleja las formas actuales de activismo político...”).

²⁷³ Cf. Markovits, supra nota 9, en 1901 (“El movimiento de derechos civiles – y la revolución de los derechos de forma más general – representaron el clímax de la desobediencia liberal.”).

²⁷⁴ Ver id. en 1933–52 (desarrolla este argumento y hace referencia a las protestas contra la guerra de Vietnam, las armas nucleares y la globalización como ejemplos de asuntos que no podían someterse a desobediencia liberal); ver también Brownlee, *Civil Disobedience*, supra nota 6 (cita el medio ambiente, los derechos de los animales, el desarme nuclear, la globalización y política pública como asuntos relevantes en la agenda activista contemporánea que no se enfocan en los derechos básicos de los individuos).