

Traducción

CIVILIDAD, OBEDIENCIA DE REGLAS Y EL
IMPERIO DE LA LEY

Daniel Markovits

Traducción: Gabriela Pedraza y Felipe Yamín.

*Respuesta a: Jessica Bulman-Pozen & David E. Pozen, Obediencia
incivil, 115 Colum. L. Rev. 809 (2015)*

Los profesores Jessica Bulman-Pozen y David Pozen (BP&P) identifican y, de forma intrigante, elaboran una nueva categoría de disenso político, la obediencia incivil, que, según proponen, sirve como complemento a la categoría política más conocida de desobediencia civil¹. La desobediencia civil familiarmente implica la violación de la ley que apunta no a la impunidad sino más bien a una reforma legal y, de tal forma, surge en el contexto del respeto por el sistema legal como un todo². La obediencia incivil, por el contrario, persigue el cambio mediante el hiper-cumplimiento de la ley y puede (aunque no necesariamente) reflejar un irrespeto por la ley en general³. La obediencia incivil entonces implica, como dicen BP&P, “el seguimiento subversivo de la ley”⁴. BP&P sugieren que la obediencia incivil

¹ Jessica Bulman-Pozen & David E. Pozen, *Uncivil Obedience*, 115 Colum. L. Rev. 809 (2015)

² Id. en 814 (“La desobediencia civil es más preservadora que revolucionaria. Demuestra respeto por el sistema legal como un todo incluso mientras desafía una pieza del mismo”).

³ BP&P no hacen énfasis en este aspecto de la obediencia incivil – es decir, en que su justificación no está atada al conservadurismo fundamental en la forma en que la justificación para la desobediencia civil sí lo está. Pero los ejemplos que usan BP&P sí ilustran claramente el potencial profundamente radical de la obediencia incivil. El plan de los sociólogos Richard Cloward y Frances Fox Piven para ‘precipitar una fuerte crisis política y financiera’ al sobrecargar el sistema de prestaciones sociales con solicitudes legítimas, no sufrió ninguna limitación inmanente a su radicalismo y hubiera podido, de forma legal y por ende legítima, tener como objetivo destruir el gobierno estadounidense o el sistema capitalista. Id. En 819. Por el contrario, la desobediencia civil que le apunta a la justicia económica obtiene su legitimidad al pagar el costo de renunciar a la revolución y favorecer en cambio reformas ideológicamente conservadoras.

⁴ Id. En 811.

plantea un reto para el orden político estadounidense actual que se equipara al reto que planteaba la desobediencia civil hace medio siglo, y predicen que la obediencia incivil adquirirá en los años por venir una prominencia práctica que hará juego con su interés teórico⁵.

BP&P acertadamente – después de todo están introduciendo un nuevo fenómeno – buscan aclarar la obediencia incivil mediante la identificación y análisis de ejemplos en lugar de elaborar una serie de condiciones necesarias y suficientes para la configuración de la práctica y la articulación de una justificación exhaustiva. Los ejemplos que emplean tienen un amplio rango, incluyendo circunstancias propias del derecho privado y del derecho público, de ambos regímenes jurídicos, del que gobierna a los ciudadanos y que gobierna a los funcionarios, y tanto del derecho doméstico como del internacional. La enorme variedad de los ejemplos – el amplio rango de condiciones legales, sociales y políticas que se presentan en tales ejemplos – sugiere que la obediencia incivil posee un gran alcance para su aplicación. BP&P naturalmente asumen que esta variedad afirma su intuición de que han descubierto un fenómeno legal y político que tiene importancia tanto teórica como práctica.

No obstante, los estudios de caso que BP&P introducen también invitan a una reconstrucción alternativa. Esta nueva perspectiva de los ejemplos por un lado restringe y –lo que es aún más importante– altera las lecciones que la obediencia incivil puede ofrecer para un pensamiento legal y político más amplio. Según esta reconstrucción, las prácticas que BP&P identifican como obediencia incivil, bajo una inspección más profunda, permanecen abrumadoramente civiles; al menos en tanto que realmente sí implican el seguimiento de la ley. Estas prácticas se convierten en inciviles únicamente porque, si se miran más profundamente, implican desobediencia. Estas reflexiones sugieren que las formas de protesta que BP&P llaman obediencia incivil no representan de hecho una nueva forma de protesta, ni la forma ‘espejo’ de la desobediencia civil⁶. Sino que incluso, teniendo en cuenta que el argumento de BP&P no logra mantener sus conclusiones expresas, sirve a otro propósito más profundo. El iluminador recuento de BP&P de las relaciones entre civilidad y el seguimiento de la ley, y de las tensiones que pueden surgir entre estas dos virtudes, revela algo importante sobre la civilidad, el seguimiento de la ley y el imperio de la ley.

⁵ Ver id. En 872 (“Cualquiera sea el destino de la desobediencia civil, este artículo ha sugerido que su doppelganger legalista está vivo y relevante – y que es un elemento incrementalmente prominente en la política estadounidense”).

⁶ Id. En 810

El argumento para respaldar estas tesis comienza con un nuevo análisis de seis de los ejemplos que proponen BP&P como estudios de caso de obediencia incivil. Estos son:

- Los motociclistas de California que protestan contra el límite de velocidad de cincuenta-y-cinco millas por hora mediante la estricta observancia de tal límite y que cumple el propósito de mostrar los costos sociales de manejar en la autopista a velocidades tan bajas⁷.
- La propuesta de los sociólogos Cloward y Piven de sobrecargar el sistema de prestaciones sociales con solicitudes meritorias masivas dirigida a derribar un sistema de provisiones sociales que simplemente no puede alcanzar sus propias promesas para reemplazarlo por una alternativa más justa⁸.
- Las negativas coordinadas de los defensores penales de oficio en aceptar las reducciones de pena por reconocimiento de culpa, dirigidas a abrumar el sistema de justicia criminal que no puede honrar todas las garantías procedimentales que propone y al causar esta vergüenza procesal, reducir la dureza de la ley penal sustantiva⁹.
- La decisión de los empleados de trabajar según las normas, dirigida a desorganizar la producción e impulsar a que el empleador haga concesiones en los procesos de negociación colectiva¹⁰.
- El uso de los derechos procedimentales técnicos por parte de los senadores de partidos minoritarios, dirigido a sabotear la efectividad y el funcionamiento democrático del Senado¹¹.
- El ejercicio de un derecho concedido por el derecho internacional por parte de un Estado, dirigido a promover un propósito incorrecto y obstruir los derechos legales internacionales de otros Estados¹².

Estos seis casos se dividen naturalmente en dos grupos de tres cada uno con estructuras normativas muy diferentes.

⁷ Id.

⁸ Id. En 819.

⁹ Id. En 830.

¹⁰ Ver id. En 818-19 (entendiendo “trabajo según las reglas” como una forma de “cumplimiento hiperbólico de los mandatos de la autoridad” en el cual los empleados “hacen exactamente lo que se les dice, se adhieren estrictamente a los protocolos de seguridad, o llegan y salen del lugar de trabajo exactamente a la hora designada para ello”).

¹¹ Id. En 834-35.

¹² Ver id. En 848 (describe la doctrina del abuso del derecho).

En los primeros tres casos, las reglas legales en cuestión implican relaciones verticales entre el Estado y los ciudadanos sujetos a la autoridad política estatal. Los casos plantean serias preguntas sobre si el Estado está ejerciendo su autoridad prudente y justamente, y, en cada caso, los manifestantes reclaman que la conducta del Estado es, de hecho, imprudente o injusta. Pero no hay duda de que las relaciones legales, políticas y de autoridad en cuestión en estos casos son, a grandes rasgos, asimétricas. En particular, los ciudadanos no tienen ni exigen un derecho general a rechazar las leyes del Estado; por el contrario, están, si algo, sujetos a un deber general y pleno de obedecer.

Los últimos tres casos tienen una estructura fundamentalmente diferente: todos giran alrededor de relaciones horizontales entre personas, ninguna de las cuales ejerce autoridad plena, ni siquiera amplia, sobre cualquier otra y, en lugar de ello, ellas interactúan de forma simétrica, típicamente justificando demandas y reclamos en contra de las demás bajo un esquema de consenso mutuo. Los empleados y empleadores entonces construyen sus obligaciones para con el otro mediante contratos. Las reglas del Senado tienen menos la estructura del derecho ordinario, promulgada por funcionarios con el propósito de gobernar a la ciudadanía en general, y más la estructura de un acuerdo, hecha entre los mismos funcionarios (y replanteada cada vez que el Senado se constituye de nuevo luego de una elección), y que se refiere a la forma en la que regulan su ejercicio conjunto de los poderes y deberes propios de su función¹³. Y una gran parte del derecho internacional, aunque no todo, surge de, o al menos tiene sus bases en, tratados promulgados por Estados independientes que no le responden a ninguna autoridad plena legal internacional¹⁴.

Esta diferencia estructural importa inmensamente para entender qué está pasando en los diversos casos. En particular, introduce una grieta para separar los primeros tres de los últimos tres. En lo que resta de este texto se

¹³ Ver U.S. Senate, Rules and Procedure, http://www.senate.gov/reference/reference_index_subjects/Rules_and_Procedure_vrd.htm [<http://perma.cc/8WKE-GNZW>] (last visited Mar. 6, 2016) (describe el proceso del Senado como uno “gobernado por una serie de reglas vigentes, un cuerpo de precedentes creados a partir de las sentencias de los funcionarios que lo presiden o por los votos mismos del Senado, una variedad de prácticas consuetudinarias establecidas, y acuerdos ad hoc que hace el Senado para cumplir con objetivos parlamentarios y políticos específicos).

¹⁴ Ver Yuen-Li Liang, United Nations: Documents on the Development and Codification of International Law, 41 Am. J. Int'l L. (Supplement) 29, 32 (Oct. 1947) (describe el desarrollo del derecho internacional moderno como aquel que comienza con el Tratado de 1814 de Paris).

profundiza sobre la distinción entre las reglas estructuradas vertical y horizontalmente. Las partes I y II examinan estos dos grupos por turnos. La parte III concluye analizando dos ejemplos adicionales que BP&P identifican – los estados que subvierten la ley federal y el derecho civil privado – que ponen a prueba el principio identificado en el análisis de las primeras dos partes: que la incivilidad y la obediencia son, con respecto a la protesta, mutuamente excluyentes.

I. RELACIONES VERTICALES

En los primeros tres casos que identifican BP&P, la obediencia de los ciudadanos surge bajo la sombra de un deber generalizado de obedecer la ley aplicable, cosa que sucede de forma completamente independiente del efectivo consentimiento de aquellos que son gobernados por dicha ley. Un Estado democrático ampliamente respetuoso de los derechos, como lo es Estados Unidos, disfruta de una autoridad presuntamente legítima para regular la velocidad bajo la cual los conductores deben navegar sus caminos, para establecer las condiciones bajo las cuales los ciudadanos pueden solicitar beneficios públicos, y para establecer las sanciones que serán impuestas por las violaciones a su derecho penal y los procedimientos mediante los cuales los transgresores deben ser identificados. Efectivamente, se presume que el Estado tiene autoridad para regular virtualmente todos los aspectos de las vidas de sus ciudadanos, sujeto por supuesto a limitaciones en lo concerniente a derechos fundamentales. Más aún, el estado goza de su autoridad por cuenta de consideraciones – la efectiva seguridad y la justicia sustancial del orden público que el Estado sostiene y el pedigrí democrático de los procesos políticos mediante los cuales el Estado gobierna – que no dependen de ninguna forma actual o continuada de consentimiento por parte de los gobernados, de tal forma que incluso el Estado más legítimo gobierna, de hecho, por imposición.

Pero la autoridad que se presume legítima del Estado y el deber complementario de los ciudadanos de obedecer la ley – precisamente por su carácter absoluto y de imposición – no se obtienen fácilmente y no están asegurados. Cada autoridad legal y política debe lidiar, constantemente, con la libertad y dignidad de las personas sujetas a ella y por lo tanto con el reto de la anarquía filosófica – el panorama de que imponerle leyes a las personas que las rechazan y las resisten constriñe su libertad y viola su dignidad de formas inaceptables e ilegítimas.

Los Estados legítimos responden invariablemente a este reto, entre otras formas, al ajustar el estilo de las leyes a través de las cuales gobiernan. La legitimidad requiere que las leyes del Estado respeten la integridad del individuo y, como una faceta de ese respeto, que articulen claramente los

requisitos y permisos que establecen para que la ley y sus límites sean inteligibles para los ciudadanos, los cuales deben poder usar esa ley de forma confiable como guía para dirigir su actuar de acuerdo con los mandatos estatales. Precisamente debido a que la autoridad legislativa del Estado es absoluta y afirmada mediante la imposición en lugar del consentimiento, las leyes estatales deben restringir estrecha y precisamente su propio alcance. Este requisito atraviesa a los primeros tres casos que según BP&P muestran formas de obediencia incivil. Revela que mientras que los comportamientos dibujados en los casos se ajustan a la ley, no son, cuando se analizan propiamente, inciviles.

La razón es simple. La autoridad política que se afirma sin tomar en consideración el consentimiento de los ciudadanos, en conjunto con las normas políticas que requieren deferencia o sumisión no sólo a la ley sino también, más ampliamente, al Estado, los propósitos estatales, o incluso el bien común, se transforma inevitable e irrestrictamente de una forma que da lugar a la tiranía o al menos a la ilegitimidad¹⁵. El Estado, como precondition para su legitimidad, debe limitar las demandas que la ley le hace a los ciudadanos al contenido inteligible de la ley en sí. Efectivamente, este límite – que los ciudadanos ceden solo la libertad que la ley les exige – está constitutivamente conectado con la autoridad legítima del Estado. Otra vez, los Estados pueden obligar a los ciudadanos a cumplir la ley en parte porque no piden nada más allá del cumplimiento. Como va el dicho familiar: Un Estado legítimo impone el imperio de la ley y no de los hombres o mujeres.

Por consiguiente, un Estado u orden político que espere más de ciudadanos que el simple cumplimiento de la ley inteligible y auto-restrictiva – un orden político que espere que los ciudadanos, como dicen BP&P, muestren respeto no sólo por la ley sino también por los “principios de la costumbre y la moderación”¹⁶ – de esa forma pone su propia legitimidad en riesgo. Estos principios y aquellos semejantes carecen de la transparencia e inteligibilidad

¹⁵ Es importante notar que este principio general no requiere que la ley se interprete estrecha y predeciblemente (o en un caso especial, que las normas específicas se lean de forma textual e inflexible en lugar de maleable o teleológica). Por un lado, se podría rechazar un extremo sin afirmar su opuesto. Y, por otro, BP&P conceden que los comportamientos en su ejemplo se ajustan a la ley, propiamente entendida, e insisten únicamente en que los principios generalmente aplicables de civilidad requieren que los ciudadanos vayan más allá de solamente cumplir la ley. Ver Bulman-Pozen & Pozen, *supra* note 1, en 826 (“Los comportamientos bajo estudio desafían normas ampliamente aceptadas sobre cómo se deben relacionar las personas en un ambiente dado con la ley, y al hacerlo, presentan una amenaza para el orden y la cortesía social”). El argumento en el texto ataca la propiedad de estos principios.

¹⁶ *Id.*

que podrían hacerlos válidos para ser ejercidos como parte del gobierno de la vida colectiva de personas libres e iguales, sin tener en cuenta su consentimiento. Y los ciudadanos que obedecen la ley pero rechazan la moderación y la costumbre no “expresan insolencia hacia la ley”¹⁷ como dicen BP&P sino que le muestran a la ley todo el respeto que puede demandar esta legítimamente.

Los ejemplos concretos de BP&P ilustran estos principios en operación. En el primer ejemplo, BP&P imaginan o asumen que los conductores manifestantes restringen su velocidad a cincuenta-y-cinco millas por hora mientras también obedecen todas las demás leyes de tráfico: para ellos, los conductores no manejan en una estructura que bloquea vehículos de emergencia, respetan las distancias legales para parar entre ellos, no se cambian inesperadamente de carriles para bloquear el avance de otros carros que quieren exceder las cincuenta-y-cinco millas por hora¹⁸. Pero cuando los conductores realmente respetan las leyes de tráfico, se vuelve difícil ver qué de su protesta puede ser incivil. La civilidad, después de todo, no requiere que una persona ajuste su conducción a la conveniencia de los demás conductores – definitivamente no cuando ella tiene razones legítimas y sustanciales para conducir de una forma que es inconveniente para otros. Efectivamente, parte del objetivo de las leyes de tránsito (además de promover seguridad) es dibujar un espacio dentro del cual los ciudadanos pueden, adecuada y civilmente, consultar sus propios intereses y ventajas para decidir cómo manejar. Un Estado que – alegando civilidad o cualquier otro valor – exige cualquier otro mandato además de este, excede su autoridad legítima.

Estas consideraciones le aplican aún más poderosamente a los siguientes dos ejemplos de BP&P: sobrecargar las listas de prestaciones sociales con solicitudes legítimas y abrumar las cortes con los defensores que exigen el debido proceso judicial. En cada uno de estos casos, la ciudadana presuntamente incivil meramente solicita el respeto de un derecho que el Estado le garantiza y que, además, lo garantiza de acuerdo con su agenda oficial que propende por y valora la aplicación y el ejercicio universal de ese derecho. El Estado puede no cumplir estas promesas, esto es claro, - por ejemplo, al usar plantillas de prestaciones sociales que generan privación de bienes materiales a los pobres, o técnicas procesales que prácticamente obligan a los procesados a declararse culpables. Y la traición del Estado al incumplir ciertas promesas puede no surgir aisladamente sino como parte de

¹⁷ Id. En 864.

¹⁸ Id. En 818 (describe la protesta como una que “no involucra ‘desobediencia’ entendida como la violación de la ley” pero también que “no está fácilmente ubicada dentro de los modelos familiares de disenso legal”)

una estructura más profunda de injusticia que las promesas buscan esconder. Pero hacer estas fallas evidentes – incluso mediante métodos que revelan la complicidad estructural más amplia que tiene el orden legal en estas fallas – no es, claramente, ni incivil ni ‘insolente’ hacia el derecho como lo suponen BP&P. Por el contrario, tanto el sistema de prestaciones sociales como el derecho penal alcanzan su legitimidad precisamente porque le permiten a los pobres y a los imputados ejercer sus derechos (a los beneficios y al debido proceso) *a su propia discreción*. Introducirle una regla de civildad a estos esquemas legales – lo cual requeriría que los pobres o los acusados se preguntaran sobre la conveniencia y presupuesto del Estado antes de ejercer sus derechos (que a su vez incluiría esquemas en los que privar a algunos ciudadanos de sus prestaciones o del debido proceso es precisamente lo que el Estado encuentra conveniente) – se quebrantarían los mismos valores que estos esquemas se proponen a ejercer y a promover. Una vez más, la obediencia que se imaginan BP&P, lejos de ser incivil o insolente hacia el derecho, de hecho le muestra a la ley cada medida de respeto que esta se merece o que puede exigir.

II. RELACIONES HORIZONTALES

Los últimos tres casos de BP&P comparten una estructura muy diferente – incluso opuesta. En cada uno de ellos los órdenes normativos en contra de los cuales las obedientes inciviles protestan tienen un alcance mucho más limitado y una conexión mucho más directa con las propias decisiones de la manifestante.

Por un lado, los tres regímenes normativos ejercen autoridad estrechamente limitada. Un contrato laboral gobierna (y puede solamente gobernar con legitimidad) la vida laboral únicamente – esto es, solamente un número limitado de horas del día e incluso dentro de esas horas, solamente ciertos aspectos de la conducta. Las reglas del Senado gobiernan solamente la conducta oficial de los senadores e incluso dentro de este estrecho ámbito, se enfocan principalmente en los turnos para hablar y los derechos de voto dentro de la cámara del Senado¹⁹. El derecho internacional, con solo unas pocas excepciones (cuya limitación se ejerce por un respeto profundo por los principios de la soberanía estatal), gobierna la conducta entre los Estados en lugar de la conducta de personas en general o incluso de los Estados dentro de sus fronteras. Por el otro lado, estos regímenes normativos surgen más o menos directamente por el consentimiento actual de las partes que se someten a ellos. Un contrato laboral es una creación directa de las partes que están destinadas a obedecerlo – surge como resultado de las intenciones recíprocas de los empleados y el empleador. Las reglas del Senado

¹⁹ Ver supra nota 13 y texto acompañante.

similarmente son elegidas por los mismos senadores. Incluso el derecho internacional – aunque sí implica algunas reglas obligatorias – generalmente parte del consentimiento de los Estados mediante la elaboración de tratados y reconoce que la soberanía estatal le pone límites estrictos a la posibilidad de imponer normas legales internacionales sin consentimiento estatal.

Esta estructura compartida hace apropiado que se establezcan normas generales de deferencia para los últimos tres casos horizontales de BP&P – estas normas son necesarias para el funcionamiento adecuado interno de las obligaciones en cuestión y que no son una amenaza por fuera del alcance limitado de esas obligaciones. Por una parte, no es posible elaborar reglas ex ante para que gobiernen un proyecto en conjunto (sin importar qué tan simple sea) entre personas que son medianamente racionales. Los costos de transacción que implica el hecho de anticipar y articular las contingencias a las que se puede enfrentar el proyecto requerirán inevitablemente que ciertas posibilidades no se discutan previamente, y el atrincheramiento de intereses cuando surgen las contingencias implica que la regulación de estas posibilidades mediante nuevos acuerdos, ex post, es imposible. Una inclinación genérica a apoyar el proyecto – un compromiso de renunciar al oportunismo y de demostrar un mínimo de cooperación espontánea – es, por tanto, necesario para mantener cualquier proyecto voluntario en conjunto frente a los obstáculos imprevistos que el proyecto encontrará inevitablemente. Por otra parte, el alcance estrecho y la dependencia de la voluntad decisoria propios de las obligaciones horizontales implican que la deferencia general a estos órdenes normativos no amenace la libertad ni la dignidad de las partes que la exhiben: Incluso la más amplia deferencia se mantiene restringida por el limitado alcance de la obligación a la que se le muestra ese respeto, y la obligación en sí misma no pudo haber sido impuesta sino que debió haberse aceptado libremente mediante la prestación de un consentimiento actual.

La actitud que BP&P llaman *civilidad* captura la deferencia generalizada que es tanto necesaria como apropiada en los órdenes normativos horizontales. Críticamente, los principios que requieren de la civilidad no abarcan estos órdenes ni se insertan en ellos desde afuera. En lugar de ello, la necesidad de civilidad surge espontáneamente desde dentro de los órdenes normativos bajo estudio; y la norma de civilidad pertenece directamente a, y puede incluso ser constituida por, las otras normas regulares del orden. Esto quiere decir que la *obediencia incivil* es imposible, al menos dentro de los órdenes horizontales en cuestión. Ser incivil es desobedecer las normas del sistema u orden.

Los tres ejemplos de BP&P de nuevo ilustran de forma particular y concreta el punto general y abstracto.

Comencemos por considerar el caso del ‘trabajo según las reglas’. Un contrato laboral, como cualquier otro contrato, contiene una cláusula implícita de buena fe y de propender por una relación justa.²⁰ La cláusula le prohíbe a una parte usar su discreción en el desarrollo de las prestaciones (que surge de la falta del carácter incompleto propio de todos los contratos) para recapturar beneficios no establecidos o a los que se renunció en su formación²¹. Ahora bien, las reglas expresas que gobiernan el lugar de trabajo constituyen parte del relleno del contrato de empleo, adoptadas para regir el lugar de trabajo de una forma que promueve los fines de las partes contratantes: trabajo pago, seguro y benigno para los empleados y un producto del trabajo para el empleador. Sin embargo, estas reglas expresas están también incompletas por todas las razones sobre mínimo de racionalidad y de costos de transacción que hacen a los contratos de trabajo incompletos en un principio. Y una vez que un lugar de trabajo ha sido construido – poblado de empleados y gobernado por reglas expresamente elaboradas – los trabajadores adquieren un poder estratégico del que carecían cuando firmaron sus contratos de trabajo. Ya que ni los empleados ni las reglas pueden ser reemplazados sin costos adicionales, los trabajadores pueden explotar las reglas mediante la amenaza de imponerle costos a sus empleadores para así lograr concesiones que no podrían exigir durante la contratación cuando su posición de negociación era más débil. El ‘trabajo según las reglas’ es una forma para imponer estos costos. Y cuando los empleados trabajan según las reglas para obtener concesiones sin provocación ni justificación, explotan el poder que ganan durante el desarrollo de sus prestaciones para re-capturar ganancias que en sus contratos se les asignaron expresamente a sus empleadores. (Es muy distinto si los empleados ponen en marcha esta estrategia para balancear las ventajas indebidamente tomadas por un empleador explotador). Tal expresión de mala fe constituye una violación del contrato laboral, esto lo

²⁰ Ver Restatement (Second) of Contracts § 205 (Am. Law Inst. 1981) (“Cada contrato le impone a cada parte un deber de buena fe y de trato justo en su desarrollo y ejercicio”).

²¹ Ver Steven J. Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 Harv. L. Rev. 369, 373, 387 (1980) (“La actuación basada en mala fe ocurre precisamente cuando la discreción se usa para re-capturar las oportunidades perdidas en la contratación – cuando la parte que está ejerciendo su discreción se rehúsa a pagar el costo esperado de llevar a cabo la prestación”), ver también *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*, 188 N.E. 163, 167 (N.Y. 1933) (“En cada contrato hay una cláusula implícita que dicta que ninguna de las partes debe actuar de tal forma que destruye o vulnera el derecho de la otra parte a recibir la contraprestación propia del contrato...”)

aceptan incluso BP&P cuando observan que las cortes algunas veces encuadran el ‘trabajo según las reglas’ dentro de la figura de huelgas constructivas²². Finalmente, este recuento del ‘trabajo según las reglas’ saca al ejemplo del fenómeno que precisamente trataba de ilustrar. Teniendo en cuenta que el ‘trabajo según las reglas’ viola el contrato de trabajo, constituye no una forma de obediencia sino de *desobediencia*. En efecto, el ‘trabajo según las reglas’ es una forma de desobediencia precisa e inmediata por el mismo hecho de ser incivil. Es incivil porque se aproxima a las reglas de trabajo desde la mala fe, pero actuar de mala fe *es* a su vez equivalente a violar el contrato subyacente. El trato que le da el Código Uniforme Comercial (Uniform Commercial Code, UCC) al deber de buena fe en el cumplimiento de las prestaciones contractuales, hace este punto explícito y claro: el deber de buena fe en el cumplimiento de las prestaciones “no crea un deber separado del trato equitativo y la razonabilidad que pueden violarse independientemente”; más bien, “no cumplir o ejercer un deber u obligación contractual específica de buena fe constituye un incumplimiento de ese contrato”²³. La mala fe es un incumplimiento; la incivilidad es desobediencia.

El ejemplo de las reglas del Senado sigue un patrón similar. Las reglas del Senado, al ser una especie del procedimiento parlamentario, están diseñadas para promover una decisión democrática y la libre deliberación dentro de la corporación. Ni el Senado, ni ningún cuerpo que toma decisiones mediante la deliberación, puede funcionar adecuadamente a menos que todas sus reglas estén permeadas por un compromiso amplio de llenar los vacíos inevitables en los procedimientos que presentan las reglas de formas que permiten y promueven la decisión deliberativa democrática – es un principio que, en otras palabras, completa las reglas expresas similarmente a como la buena fe contractual completa los términos expresos de los contratos. Las prácticas de la resistencia minoritaria dentro del Senado que describen BP&P pueden o no pueden enmarcarse en esta analogía de la buena fe: ello depende del balance entre el poder mayoritario y el privilegio minoritario que hay en el Senado y que se debería respetar. Pero la pregunta que plantean estas prácticas de resistencia minoritaria no es si, a pesar de ser ajustadas a las normas, violan alguna regla que está por fuera de las reglas del Senado, sino más sencillamente, si efectivamente se ajustan a todas las reglas del Senado propiamente entendiendo el concepto de reglas. Las normas de civilidad parecen salirse de las reglas del Senado solamente porque el lugar que ocupa el Senado en la política estadounidense hace que sus decisiones frente a sus reglas no sean revisables, lo cual hace difícil ejercer la regla de civilidad de la forma en que se ejercen las reglas más

²² Bulman-Pozen & Pozen, *supra* note 1, en 845.

²³ U.C.C. § 1-304 cmt. 1 (Am. Law Inst. & Unif. Law Comm’n 2014).

generalmente. Sin embargo, las fallas en su ejecución o ejercicio no deben ser confundidas con la naturaleza o existencia misma de la norma. Los senadores obstruccionistas, en tanto que son inciviles, son por lo tanto y de nuevo, *desobedientes*.

Finalmente, el análisis de BP&P del abuso del derecho en el derecho internacional reproduce la plantilla de la mala fe contractual casi al pie de la letra. BP&P proponen que la doctrina se aplica para prevenir que un Estado “ ejerza un derecho o de una forma en la que impida el goce de sus propios derechos por parte de otros Estados, o para un fin diferente del cual fue pensado inicialmente ese derecho, en perjuicio de otro Estado”²⁴. El paralelo con la prohibición de actuar con mala fe en el derecho contractual no podría asemejarse más: cada doctrina protege el acuerdo de derechos ex ante por encima del oportunismo ex post, incluyendo tal vez prototípicamente al oportunismo que explota el carácter de incompleto del acuerdo ex ante en sí mismo. (Ya que los derechos en el derecho internacional están basados en tratados, la analogía del contrato es aún más cercana). La prohibición del derecho internacional de abusar del derecho, por lo tanto, se entiende mejor, conceptualmente, no como un mecanismo externo a la ley que limita el uso de derechos genuinos, sino como un mecanismo interno de la ley que limita el contenido sustantivo de los derechos legales en cuestión. Una vez más, cuando el uso de los derechos se vuelve incivil, se convierte en incumplimiento o vulneración y por ende en una forma de *desobediencia* del orden legal.

Los tres ejemplos de BP&P demuestran y confirman la teoría desarrollada por el análisis teórico y general de los órdenes legales horizontales. Ya que estos esquemas normativos establecen una autoridad sustancialmente limitada en lugar de una absoluta y se basan en el consentimiento actual de sus partes en lugar de en la eficacia o la justicia, la civilidad aparece en ellos no como una omnipresencia gaseosa desde arriba sino como un valor ordinario y centrado que aplica desde adentro. Las violaciones de la civilidad son entonces violaciones del derecho y la ley.

La obediencia incivil aparece, como se muestra con estas reflexiones, no como un fenómeno sino como dos – ninguno de los cuales tiene las propiedades que identifican BP&P. En los órdenes normativos verticales, la obediencia necesariamente vuelve la protesta civil; en los órdenes normativos horizontales, la incivildad necesariamente vuelve la protesta desobediente.

²⁴ Bulman-Pozen & Pozen, supra note 1, en 848 (citando a Alexander Kiss, Abuse of Rights, *en* 1 Encyclopedia of International Public Law 4, 4 (Rudolf Bernhardt ed., 1992)).

La nueva clase de protesta que BP&P buscan identificar y explicar es, bajo mayor inspección, una clase vacía. La “obediencia incivil” es un oxímoron.

III. EXCEPCIONES

Los dos otros ejemplos que usan BP&P que se resisten poderosamente a una clasificación dentro de las líneas propuestas arriba demuestran y refuerzan la teoría general que subyace a la clasificación a la que se resisten; efectivamente, ilustran esta teoría a través de su resistencia. Por un lado, BP&P dicen que varios estados a veces “promulgan medidas que ostentan su seguimiento superficial de la ley o política federal mientras que tratan de subvertirla al mismo tiempo”²⁵. Y, por el otro lado, BP&P afirman que los sistemas legales civiles se basan en una doctrina amplia y flexible del abuso del derecho que puede aplicarse en su derecho privado²⁶. Estos ejemplos parecen involucrar una incivildad más robusta y una obediencia más robusta que aquellas presentes en los seis casos discutidos más arriba y, por lo tanto, se resisten a la aplicación de la regla derivada de esos seis casos: que la protesta puede ser o incivil u obediente pero nunca ambas. Los estados que se imaginan BP&P como inciviles son de esta manera siempre y cuando violen la cooperación intergubernamental flexible de la que depende un federalismo exitoso; son obedientes en la medida que no violan ningún mandato federal expreso o implícito. El abusador del derecho en el orden legal civil es incivil pues socava los principios morales basados en la libertad positiva que le dan vida al derecho privado en jurisdicciones civilistas; y es obediente pues acata todas las reglas basadas en libertad negativa que dominan la aplicación ordinaria y al pie de la letra del derecho privado civilista.

Estas dos excepciones prueban (en el sentido de un ‘test’) la regla general. El federalismo estadounidense y el derecho privado civil constituyen órdenes normativos que no son ni estable ni exclusivamente verticales ni estable ni exclusivamente horizontales. La estructura dual de la soberanía estadounidense implica que el gobierno federal no tiene ni plena soberanía sobre los estados que se reducen a seguir instrumentalmente sus órdenes, ni se trata de una construcción producida por un acuerdo entre estados independientemente soberanos²⁷. De forma similar, la estructura dual del

²⁵ Id. En 854.

²⁶ Id. En 848 (mencionando que la doctrina del abuso del derecho actúa en el contexto doméstico como una “salvaguarda contra las afirmaciones exegéticas de los derechos, poderes, privilegios, acciones o inmunidades de partes privadas que muestran mala fe o imponen costos sociales imprevistos e indeseados”).

²⁷ Ver Akhil Reed Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, 96 *Yale L.J.* 1425, 1429–66 (1987) (refiriéndose, por ejemplo, “el poder ejercido por los pueblos de los estados

derecho civil permite que el contrato, la propiedad y el daño en los sistemas de derecho civil, no sean ni herramientas puramente públicas con las cuales el Estado puede promover justicia sustantiva sobre sus ciudadanos, ni marcos puramente privados dentro de los cuales los ciudadanos individuales pueden ejercer sus poderes para diseñar sus vidas como mejor lo consideren. Estas dualidades le otorgan a la civilidad en el federalismo y en el derecho privado civil una construcción inestable y de doble cara. Por un lado, los aspectos verticales de estos órdenes legales – el gobierno federal es soberano sobre los diversos estados y el derecho privado civil es una herramienta con la cual el estado persigue el bien común – desprecian cualquier sugerencia de que la civilidad pueda requerir más que la simple obediencia de la ley. Por el otro lado, los aspectos horizontales de estos órdenes – el derecho federal actúa en servicio de la coordinación entre los estados soberanos y el derecho privado actúa en servicio de los propósitos de los ciudadanos soberanos – hacen que la civilidad, entendida como norma independiente, sea esencial para su adecuado funcionamiento. La obediencia incivil se hace entonces posible en estos casos porque la estructura misma de los casos confunde la distinción en la que se basa el argumento de que la obediencia incivil es incoherente.

CONCLUSIÓN

Estas reflexiones, finalmente, introducen una teoría más amplia. Tal vez la verdadera enseñanza que ofrece la propuesta novedosa de BP&P no es que la obediencia incivil es, en sí misma, una forma observable e importante de protesta, sino más bien que el pensar la relación entre la civilidad y el cumplimiento de las reglas revela una verdad profunda sobre la estructura de autoridad en los órdenes normativos. Cuando la protesta puede ser al mismo tiempo incivil y obediente y mantenerse así incluso después de que la relación entre civilidad y el seguimiento de las normas hayan sido debidamente investigados, se revela una inestabilidad estructural profunda en el orden normativo al que se enfrenta la protesta.

y por un gobierno del estado [y] finalmente sujeto al control absoluto del Pueblo Americano” no impide que los estados soberanos “sigan ... blandiendo el poder delegado”).