

LAWFARE: JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA O POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA

# Lawfare y democracia. El derecho como arma de guerra

José Luis Martí



El presidente Donald Trump durante la toma de posesión de Amy Coney como jueza asociada del Tribunal Supremo, el 26 de octubre de 2020 en la Casa Blanca. Fotografía: Andrea Hanks/Wikipedia

Desde que el derecho es derecho, individuos malintencionados han hecho un uso, digamos, torcido o retorcido del mismo con el objetivo de aprovecharse de él ilegítimamente. El punto no es tanto que alguna gente se aproveche del derecho en beneficio propio, hecho que puede ser legítimo, sino más bien que hay gente que lo utiliza para finalidades que no son las previstas por el propio sistema jurídico, y que pueden ser incluso contrarias a las mismas, pervirtiendo instituciones existentes, o creando de nuevas que pueden entrar en conflicto con los principios generales del sistema. Este, como digo, no es un fenómeno nuevo.

## Introducción: el nacimiento del *lawfare*

El abogado romano Aulo Gelio explica a su obra *Noches áticas* del siglo II una de las paradojas lógicas más bonitas [1]. Un día el sofista griego Protágoras se encontró un potencial alumno, Euatle, que quería tomar lecciones de retórica con él, pero no tenía dinero para pagarle. Protágoras lo tranquilizó diciéndole: “no te preocupes, Euatle. Tú aprende conmigo, y cuando ganes tu primer caso a los tribunales ya me pagarás el precio que me debas por todas las lecciones que te haya dado”. Euatle aceptó, contento, la propuesta, y estudió con Protágoras durante años. Una vez completada la formación, pero, pasó el tiempo y Euatle no le pagaba las clases a Protágoras con el argumento que no había ganado todavía ningún caso. Un día, finalmente, Protágoras lo demandó judicialmente. Antes de entrar al juicio, al encontrarse en la puerta, Protágoras le dijo a Euatle: “Pase lo que pase me pagarás lo que me debes. Si gano el juicio, te condenarán a pagarme. Y si pierdo, habrás ganado tu primer caso y me tendrás que pagar”. A esto Euatle respondió: “No, maestro. Pase lo que pase no le pagaré lo que le debo. Si gano yo, porque me habrán exonerado de pagarle. Y si pierdo, porque no habré ganado mi primer caso”. ¿Quién utiliza el derecho como un arma en esta historia, Protágoras o Euatle? La paradoja no nos permite verlo del todo claro. Puede parecer que es Euatle quién abusa, pues no le ha pagado a Protágoras las lecciones que le debe. Pero también se puede pensar que Euatle tiene razón, pues todavía no ha podido sacar provecho de las lecciones al no haber ganado ni un solo caso, que Protágoras se equivocó al hacerle aquella oferta a Euatle, y que en todo caso parece que su demanda judicial está hecha para ponerle una trampa a Euatle. El uso estratégico o incluso abusivo del derecho, la utilización del derecho como un arma, también conocido como *lawfare* o “guerra jurídica”, es tan antiguo como el derecho mismo [2].

Los ejemplos son abundantes: las delaciones y acusaciones falsas, los castigos infundados o excesivos, las dilaciones procesales indebidas o fraudulentas, las condenas por hechos no corroborados, la famosa prueba diabólica que en la edad mediana exigía a los acusados demostrar su inocencia ante una acusación, por ejemplo, de herejía o de brujería. El enrevesado mundo del derecho y la justicia puede convertirse, en malas manos, en una indescifrable trampa sin salida, un inmenso sin sentido que rápidamente se transforma en una pesadilla de consecuencias terribles, como Franz Kafka describió a su novela *El proceso*, publicada póstumamente en 1925. Pero ¿por qué entonces casi todos los estudios sobre el tema coinciden a decir que la idea de *lawfare* empezó en 2001?

Los ejemplos son abundantes: acusaciones falsas, castigos infundados, dilaciones procesales indebidas o condenas por hechos no corroborados; el enrevesado mundo del derecho y la justicia pueden convertirse, en malas manos, en una indescifrable trampa sin salida, un inmenso sin sentido que rápidamente se transforma en una pesadilla de consecuencias terribles

El 11 de septiembre de 2001 unos terroristas bajo el mando de Bin Laden estrellaban los aviones en que volaban sobre las Torres Gemelas de Nueva York y el Pentágono asesinando más de 2.000 personas. Algunos creen que aquel día se producía un punto de inflexión en la historia del derecho moderno liberal, democrático y garantista, que hasta entonces había seguido siempre un recorrido de progreso en el garantismo de los derechos. La reacción a los atentados por parte de los Estados Unidos presididos por George W. Bush no se hizo esperar. En tan solo un mes el Congreso aprobaba por una anchísima mayoría la Patriot Act, iniciando así el uso del llamado *lawfare* o “guerra jurídica” anti-terrorista y dando cobertura “legal” a acciones que pocos internacionalistas dudarían a calificar de contrarias al derecho internacional. Solo hay que pensar en las vulneraciones continuadas de los derechos humanos de centenares de personas que durante años se han producido en el Centro de Detención de Guantánamo (Cuba), o en el intento de la propia Administración Bush de justificar determinadas formas de tortura como si fueran legales, como el *waterboarding*, por no mencionar acciones de tortura concretas como las que se destaparon en la prisión de Abu Ghraib en Irak. Aun así, y de forma un poco paradójica, la propia Administración Bush acusaba los activistas de derechos humanos que protestaban contra estas formas de tortura y que presentaban denuncias por vulneración de derechos humanos de estar utilizando el derecho ilegítimamente para interferir en el que Bush consideraba un conflicto armado en el que estaba en juego la seguridad nacional. ¿Quién exactamente estaba utilizando el derecho como arma, el Gobierno de Bush o las organizaciones de derechos humanos?

Aquel mismo año 2001 se publicó el artículo que popularizaría el término *lawfare*, un artículo de estrategia militar escrito por el alto oficial de las Fuerzas del Aire norteamericanas Charles Dunlap [3]. El término, pero, ya lo habían utilizado Qiao Liang y Wang Xiangsui dos años antes en un libro también de estrategia militar titulado *Unrestricted Warfare*. Y, de hecho, la primera mención documentada de la palabra *lawfare* es la que hicieron los australianos John Carlson y Neville Yeomans en su artículo “Whither Goeth the Law. Humanity or Barbarity”, publicado en 1975, y en el que se lamentaban del que describían como una creciente tendencia de los sistemas jurídicos de la época hacia formas cada vez más adversarias y confrontacionales.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, quizás no sorprende que en 1985 el penalista alemán Günther Jakobs ya explicara que en ocasiones los sistemas penales trataban los acusados no como ciudadanos, sujetos de derechos fundamentales, sino como enemigos del orden social. Basándose en la idea de Carl Schmitt del estado de excepción, que es aquel en la que se activa con más contundencia la dialéctica entre amigo y enemigo, Jakobs elaboraba una de las doctrinas penales más influyentes y controvertidas de los últimos años: el derecho penal del enemigo (o *Feindstrafrecht*). La idea básica es sencilla. Los derechos y las garantías se tienen que respetar solo cuando se trata de nuestros conciudadanos. Si hablamos en cambio de terroristas, de enemigos de la sociedad que amenazan nuestra seguridad nacional, el derecho puede empezar a utilizarse simplemente como un instrumento de defensa, es decir, como un arma de guerra [4]. El fin de proteger la seguridad de la sociedad justificaría aparentemente los medios de la cancelación o la restricción de derechos fundamentales por algunas personas, así como el uso indiscriminado de formas de coacción legal como las detenciones arbitrarias, la

prolongación de la prisión preventiva, el inicio de causas judiciales sin una fundamentación verdaderamente sólida, la aplicación forzada o extensiva de tipos delictivos que no acaban de encajar con los hechos, e incluso las reformas legislativas para endurecer las penas para determinados delitos “de enemigo” y la redacción y ejecución de sentencias contundentes y ejemplarizantes que defiendan la sociedad de la amenaza que el enemigo representa. La mejor síntesis la hace el propio Jakobs: “el enemigo tiene menos derechos” [5].

Al principio Jakobs parecía estar simplemente describiendo un patrón o un proceso de transformación de los sistemas jurídicos occidentales. Después de 2001, pero, empezó a considerar su idea del derecho penal del enemigo como un mecanismo de defensa comprensible y justificable. ¿Cómo es que Jakobs fue capaz de anticiparse 15 años al atentado de las Torres Gemelas y a la reacción que este generó? Pues porque él había identificado una pulsión latente en nuestros sistemas jurídicos democráticos que es en efecto anterior al 2001, una pulsión muy clara y evidente, por ejemplo, en el derecho penal de los años 80s y 90s en medio del auge del punitivismo y de las políticas anglosajonas del “tough on crime”, “three strikes and you are out”, y otros, especialmente en el contexto de la guerra contra las drogas.

Siete años después del atentado del 11-S, y habiendo concluido los dos mandatos presidenciales de Georg W. Bush, Barack Obama disputaba unas elecciones muy reñidas con John McCain haciendo un discurso fuertemente basado en la esperanza de la construcción de un mundo mejor, de un nuevo orden internacional basado en la paz, los derechos humanos y la ecología, y sobre todo con la promesa de girar página al legado de Bush. En uno de los debates electorales televisados entre Obama y McCain, en un momento de preguntas del público, una mujer tira un dardo envenenado a Obama que con el tiempo se mostraría profético. La mujer le preguntó al candidato demócrata qué haría él si, siendo presidente de los Estados Unidos, los servicios de inteligencia le dijeran que habían localizado a Osama Bin Laden en Pakistán. Obama no lo dudó. “We will kill Bin Laden. We will crush Al Qaeda. That has to be our biggest national security priority” [6]. Aquella terrible frase resumía perfectamente lo que hay de perverso en la idea del *lawfare*. Cualquier cosa está permitida cuando se trata de defender la seguridad nacional de nuestros enemigos. Si Bin Laden es un terrorista que “ataca” los Estados Unidos, estos tienen el derecho de defenderse y matarlo, incluso sin darle un juicio justo. Así es la guerra. El más puro ejemplo del derecho penal del enemigo, el *lawfare* elevado a la máxima potencia. Y lo que es peor, la respuesta de Obama no causó ninguna incomodidad o escándalo entre la opinión pública norteamericana. Al contrario, era la respuesta que todo el mundo esperaba.

Lo que hay de perverso en la idea de *lawfare* es que cualquier cosa está permitida cuando se trata de defender la seguridad nacional de nuestros enemigos

Quizás no lo sabremos nunca, pero cuesta no pensar en que debió de ser precisamente

aquello lo que Obama ordenó en 2011 cuando efectivamente Bin Laden fue asesinado por las fuerzas de élite norteamericanas. Obama, que había ganado con la promesa de poner fin a la política internacional vengativa de George W. Bush, basada en la infantil división entre “buenos y malos”, entre países civilizados y el que fue bautizado como “el eje del mal”, es decir, entre amigos y enemigos, no fue capaz de cerrar Guantánamo ni de llevar Bin Laden a los tribunales para que tuviera un juicio justo con todas las garantías penales.

## La evolución reciente del *lawfare*: derecho, política y democracia

Durante las últimas dos décadas, la idea de *lawfare* ha evolucionado fundamentalmente vinculada al ámbito del derecho internacional, y más especialmente del derecho de la guerra y de las intervenciones armadas y al derecho internacional de los derechos humanos [7]. El *lawfare* internacional se refiere sin duda al abuso de los instrumentos jurídicos internacionales, a un retorcimiento o traición de sus principios, pero también, paradójicamente, a las demandas entre países en el contexto de conflictos que en otros momentos quizás se habrían resuelto de forma armada. Visto así, el *lawfare* podría tener incluso una parte positiva, siempre que sea una alternativa real a la confrontación bélica o armada. Pero no me detendré en el *lawfare* internacional. Quiero centrarme en cambio en tres fenómenos que se producen en el ámbito nacional que, si bien no son nuevos, sí que podemos observar que se han acelerado en los últimos 20 años, y que representan hoy un peligro evidente para la salud y la consolidación de nuestras democracias:

- El uso cada vez más frecuente del *lawfare* como arma política cotidiana alternativa a los procesos democráticos ordinarios.
- La judicialización de la política, complementada por la politización de la justicia.
- La represión creciente de los movimientos de protesta y el abuso general del derecho penal para restringir derechos fundamentales, especialmente aquellos de naturaleza más política.

## El *lawfare* como instrumento de combate político interno

En primer lugar, en las últimas dos décadas hemos presenciado una expansión del uso del *lawfare* como instrumento de combate político interno, es decir, como arma que algunos actores políticos utilizan para conseguir, a menudo de forma ilegítima, objetivos que no han podido conquistar políticamente, por la fuerza de las urnas. Esto incluye buena parte de los ejemplos ya mencionados a la primera parte del artículo: denuncias falsas, acciones policiales o prejudiciales injustificadas, fake news con contenido o repercusiones jurídicas, ilegalizaciones de partidos o invalidación de listas políticas, etc. Este uso del *lawfare* político ha sido especialmente intenso en el contexto de América Latina. Cómo pasa a menudo, es difícil discernir aquí qué usos del derecho serían legítimos y qué serían ilegítimos. Casos como la persecución jurídica de Lula o Dilma Rousseff en Brasil, o como la

de Fernando Lugo a Paraguay, o la de Rafael Correa en Ecuador, o la de Evo Morales en Bolivia, o la de Cristina Fernández de Kirchner en Argentina, se han presentado como ejemplos de *lawfare* [8]. Quizás el caso de Lula y Rouseff es, de todos ellos, el ejemplo más claro de *lawfare* ilegítimo.

Sucede, pero, que algunas de las batallas judiciales que se han iniciado contra estos líderes políticos pueden tener un cimiento jurídico realmente sólido, es decir, estar motivadas por conductas ilegales o delictivas reales. Nos encontramos aquí con el aire de paradoja de la historia de Protágoras y Euatle con que hemos empezado este artículo. ¿Quién intenta aprovecharse de quién utilizando el derecho? Todo político que sea acusado penalmente de algo se defenderá inmediatamente diciendo que está siendo víctima de *lawfare* ilegítimo. El problema, tal y como hemos ido viendo en los ejemplos anteriores, es que solo un tribunal puede discernir realmente el grano de la paja. ¿Cómo sabemos si Cristina Kirchner ha estado víctima de *lawfare* ilegítimo o no en los múltiples casos que tiene abiertos? La única manera de saberlo es confiando en un tribunal independiente que analice su caso. Pero esto implica judicializar irremediabilmente el conflicto.

En las últimas dos décadas hemos presenciado una expansión del uso del *lawfare* como instrumento de combate político interno, es decir, como arma que algunos actores políticos utilizan para conseguir, a menudo de forma ilegítima, objetivos que no han podido conquistar políticamente, por la fuerza de las urnas

De hecho, esto podría tener, igual que pasaba con los ejemplos de derecho internacional, una dimensión positiva, si es que el recurso a la justicia se ve como una alternativa a otras formas de confrontación política más agresivas e incluso violentas. Al fin y al cabo, en un sistema jurídico regido de forma efectiva por unos mínimos principios de estado de derecho, imperio de la ley e independencia judicial, se tienen que cumplir determinadas reglas básicas (como la presunción de inocencia o el derecho de defensa) que permitirán a la víctima del *lawfare* defenderse mejor, y se pueden evitar así escaladas armadas del conflicto. Está claro que esta supuesta ventaja se desvanece en aquellos casos en que los principios mínimos mencionados no se cumplan, cuando se retuerce el derecho por parte de la policía, los fiscales y los propios jueces, con el objetivo de servir una determinada causa política. Al fin y al cabo, tal y como nos alertaba Thomas Jefferson en una célebre frase, el derecho puede convertirse en una maleable masa de cera que en manos de jueces sin escrúpulos puede acabar adoptando la forma que estos deseen. Lo que sucede entonces, como explica perfectamente Orden Kittrie, es que nace un “derecho alternativo” orientado solo a atacar deliberadamente alguien por razones estrictamente políticas, un derecho que distorsiona y traiciona con subterfugios los principios básicos del propio estado de derecho, aunque diga estar sirviendo el principio de legalidad [9].

## Judicialización de la política y politización de la justicia

Esto nos lleva al segundo fenómeno que quiero analizar, el de la judicialización de la política y la politización de la justicia. Que la justicia está politizada no es ninguna novedad. En los Estados Unidos, por ejemplo, hace décadas que se analiza la composición de la Corte Suprema identificando quien de los 9 magistrados tienen una ideología conservadora, cuáles la tienen progresista y qué pueden votar con un bloque en algunos casos y con el otro en otros, los llamados *swinging judges*. Quizás el control judicial de las leyes que ejerce la Corte Suprema, o en España el Tribunal Constitucional, puede estar justificado, tal y como pensaban Hamilton, Marshall o Kelsen, y buena parte de la teoría constitucional moderna. Pero lo que es evidente es que las decisiones de los jueces no son políticamente neutrales. Si lo fueran, no seríamos capaces de predecir, con un reducido margen de error, que votarán la mayoría de los jueces de los más altos tribunales en muchas de las sentencias, especialmente aquellas que tienen un componente más claramente político e ideológico. Y es que los jueces son seres humanos, y como tales no pueden trascender totalmente su propia ideología o su sesgo personal subjetivo. Y todavía es más difícil si el método de nombramiento tiene una eminente naturaleza política, como es el caso precisamente de estos altos tribunales en muchos países del mundo. Por si fuera poco, este problema que existe desde los propios inicios de los sistemas jurídicos y judiciales modernos parece a ojos de algunos juristas y observadores agravarse con el tiempo. Todos conocemos ejemplos de deterioro de las condiciones de independencia judicial en Europa y en los Estados Unidos, y ya no digamos en la región de América Latina. Es por eso que el primer fenómeno que he descrito, el del *lawfare* político, se ve agravado con la politización de la justicia.

Y a la politización de la justicia tenemos que añadir todavía una nueva dimensión: la judicialización de la política, no ya entendida como el uso ilegítimo de *lawfare* contra un candidato o un opositor, sino como la judicialización de las grandes decisiones políticas sustantivas. En las últimas tres décadas hemos visto cómo ha aumentado la tendencia a que los grandes temas de discusión política acaben siendo decididos finalmente por parte de los más altos tribunales, o que como mínimo estos puedan ejercer cierto poder de veto. Desde la Corte Suprema de Estados Unidos decidiendo quién tenía que ser el Presidente de los Estados Unidos en el caso *Bush v. Gore*, en 2000, con las consecuencias que todos conocemos y a las que me he referido al inicio, hasta el Tribunal Constitucional alemán decidiendo sobre si era aceptable el Tratado de Lisboa del año 2006 o la política de eurobonos el año pasado, pasando por todos los altos tribunales de nuestras democracias que han tenido la última palabra en cuestiones básicas de equilibrio territorial, de política monetaria, financiera y fiscal, de redistribución de la riqueza, de política cultural y lingüística, de legislación electoral y derechos políticos, y por supuesto de todas aquellas cuestiones que puedan afectar los derechos civiles y sociales, desde el aborto a la pena de muerte, pasando por la eutanasia, el matrimonio igualitario o la libertad de expresión.

No es tan sólo que se judicialicen acciones aisladas, sino que se acaba llevando a los tribunales cualquier decisión política de cierta

importancia para que sean los jueces los que ejerzan un control último que implica de facto un vaciamiento de poder de las instituciones políticas

Es lo que el constitucionalista canadiense Ran Hirschl ha descrito como “la judicialización de la mega-política”. No es tan sólo que se judicialicen acciones aisladas, como puede ser la de una protesta determinada, sino que se acaba llevando a los tribunales cualquier decisión política de cierta importancia para que sean los jueces los que ejerzan un control último, siempre justificado en la preservación de los valores constitucionales, pero que implica de facto un vaciamiento de poder de las instituciones más limpiamente políticas, como el Parlamento o el propio Gobierno. Y así es como nuestras democracias, nos dice Hirschl, se van convirtiendo cada día más en “juristocracias” [10]. En el mejor de los casos, una juristocracia tendrá jueces independientes, competentes y responsables tomando buenas decisiones. En el peor, jueces sin escrúpulos crearán el “derecho alternativo” del que hablábamos antes solo para perseguir determinados hasta políticos en beneficio propio y contra buena parte de la sociedad. Pero en todo caso, mejor o peor, una juristocracia no es una democracia.

## El uso del *lawfare* contra movimientos sociales y acciones de protesta

Y llegamos al tercer fenómeno reciente vinculado al *lawfare* que es el incremento del uso del *lawfare* para perseguir movimientos sociales o acciones de protesta que de hecho tendrían que estar amparadas por los derechos políticos fundamentales de reunión, manifestación y protesta. Empezamos con algunos datos. Helen Poulos y Mary Alice Haddad, por ejemplo, han estudiado exhaustivamente 175 movimientos o acciones de protesta ecologista pacífica que han tenido lugar en el mundo entre 1965 y 2003, y han encontrado que un tercio de ellos han sido reprimidos por la policía de forma violenta, y que la gran mayoría de estas represiones –pero no todas– han sucedido en países con rentas per cápita bajas, fundamentalmente de América Latina y Asia, y contra grupos de protestantes que forman parte de sectores vulnerables o marginalizados [11]. El mismo patrón de represión y criminalización de los movimientos sociales y de protesta los identifica la antropóloga Carolijn Terwindt, pero ya no concentrado en países más pobres, sino extendido a todas las democracias liberales [12]. Cómo nos explica Rob Watts en un magnífico libro que se acaba de publicar este mismo año, *Criminalizing Dissent*, los casos de represión de los movimientos de protesta y contestatarios no se limitan a países autoritarios o a países con una más débil trayectoria democrática, sino que se extienden también, y de manera muy preocupante, en el ámbito de las democracias liberales supuestamente consolidadas [13]. Hay una tendencia cada vez mayor a perseguir la disidencia, la protesta, la crítica. Es, sin duda, una tendencia anti-democrática, pero que no se circunscribe solo en los países no democráticos.

La represión policial violenta, las cargas policiales, por ejemplo, son solo una de las



múltiples facetas que puede adoptar la guerra jurídica sucia del estado contra estos movimientos de protesta. Son bien conocidos otros mecanismos de supuesta prevención criminal, habitualmente diseñados en la lucha contra-terrorista, pero que acaban siendo aplicados a prácticamente cualquier ciudadano que sea percibido como un protestante molesto [14]. Solo hace falta que pensemos en ejemplos más próximos como la llamada Ley Mordaza aprobada por el Partido Popular en España, o las restricciones tanto legislativas como judiciales que se han impuesto contra la libertad de expresión, a menudo utilizando instrumentos como el del discurso del odio que estaban diseñados para proteger grupos sociales vulnerables que habían sufrido históricamente la dominación severa por parte de los grupos dominantes, pero que ahora, en un típico movimiento de retorcimiento de la ley y de *lawfare*, pueden acabar protegiendo justamente los poderosos, como un jefe de estado, el ejército o la propia policía. O pensamos en el caso prototípico de la detención por terrorismo de Tamara Carrasco, que finalmente ha acabado siendo absuelta [15].

A pesar de que la represión específica de los movimientos ecologistas proviene de los años 60, como muestran Poulos y Haddad, gran parte de la literatura sobre el tema coincide al considerar 1999 -otra vez!- el año que se produce cierto punto de inflexión en la represión de las protestas organizadas en Seattle contra la cumbre de la Organización Mundial del Comercio, después seguidas por las de Génova, donde uno de los manifestantes perdió la vida. No puede ser casualidad que los estudiosos de los movimientos sociales y de su represión policial y criminalización identifiquen un punto de empeoramiento justo en el mismo momento en que los analistas de estrategia militar cifran el inicio del *lawfare* contemporáneo. Cómo he tratado de mostrar a la primera parte del artículo, lo que estamos viendo crecer en múltiples ámbitos y a diferentes niveles tienen que ser forzosamente varias dimensiones de un mismo fenómeno más complejo y profundo. Todavía no comprendemos suficientemente las razones de por qué se está produciendo este fenómeno. Pero sí podemos decir que supone una grave amenaza para la democracia, los derechos humanos y los principios del estado de derecho, y más todavía cuando se acompaña de la polarización social y política creciente que está caracterizando nuestras sociedades.

La democracia no puede existir fuera del estado de derecho, como la política no puede transformar el mundo si no es mediante el uso del derecho. El problema no es que el derecho ingiera en la política democrática; el problema es cuando el derecho se convierte en un arma de guerra, cuando abusa de él y se utiliza fraudulenta o ilegítimamente

El derecho es el instrumento esencial de la política y el cimiento ineludible de toda democracia. La democracia no puede existir fuera del estado de derecho, como la política no puede transformar el mundo si no es mediante el uso del derecho. El problema, por lo tanto, no es que el derecho ingiera en la política democrática. El problema es cuando el derecho se convierte en un arma de guerra, cuando se lo utiliza fraudulenta o ilegítima,

cuando se abusa de él y en contra tantos de sus propios principios generales y básicos como de los propios valores democráticos esenciales. La democracia requiere respeto absoluto y escrupuloso por el pluralismo y por la diferencia de opiniones, que hay que arbitrar en las sedes y los espacios de naturaleza política diseñados por eso, como los parlamentos. Y la democracia requiere también una sociedad activa y vigilante, dispuesta a tomar las calles para defender sus derechos y sus libertades. La gran mayoría de los derechos civiles, políticos y sociales de que disfrutamos hoy en día se han conquistado gracias a esta lucha política y a la deliberación pública plural que ha ido transformando y moviendo la sociedad en una determinada dirección. El *lawfare* político y la criminalización de la protesta, y ya no digamos el uso del derecho penal del enemigo, son en este sentido fenómenos limpiamente antidemocráticos que nos tienen que hacer preocupar a todos, y por los cuales necesitamos soluciones efectivas y urgentes. Si hace falta, tendremos que salir a la calle a defender la democracia también de esto.

#### REFERENCIAS

- 1 — Aulus Gel·li, *Les nits àtiques*, Barcelona, Bernat Metge, 2018.
- 2 — Esta es, de hecho, la definición más extendida de *lawfare*, y también el título de uno de los mejores trabajos que existen sobre este fenómeno, el libro de Orden Kittrie, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- 3 — Charles J. Dunlap, *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*, Cambridge, Carr Center for Human Rights, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Working Paper, 2001. I véase también Charles J. Dunlap, 'Lawfare Today: A Perspective', *Yale Journal of International Affairs*, Winter, 2008, pp. 146-54. Aquí se puede encontrar una traducción al castellano, bastante mala, por cierto, del que Dunlap considera un manual básico de Lawfare: Charles Dunlap, "Introducción a la guerra jurídica. Manual básico", *Military Review*, agosto de 2017, disponible [en línea](#).
- 4 — Véase Günther Jakobs y Manuel Cancio Melià, *El derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2006. También Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999; E. Raúl Zaffaroni, *El derecho penal del enemigo*, Madrid, Dyckinson, 2006; y Manuel Cancio Melià y Carlos Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo*, 2 vols., Madrid, Edisofer, 2006.
- 5 — Véase "Los intelectuales del mundo y La Nación. 'El enemigo tiene menos derechos', dice Günther Jakobs", *La Nación*, 26 de julio de 2006. Disponible [en línea](#).
- 6 — Se puede ver la pregunta y la repuesta en [esta página](#).
- 7 — Véase los trabajos de uno de los máximos especialistas en este ámbito del *lawfare* en el derecho internacional: David Kennedy, *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006; y David Kennedy, "Lawfare and Warfare", en James Crawford y Martti Koskeniemi (eds), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

- 8 — Véase en [este vídeo](#) la explicación de John Comaroff, profesor de Harvard y uno de los especialistas en la idea de *lawfare*, sobre como la persecución que recibieron Lula y Dilma Rousseff fue un caso de manual de *lawfare* político. Para tener una visión complementaria que incluye otros actores no estrictamente políticos como promotores del *lawfare*, véase también Juan M. Padilla, *Lawfare. The Columbian Case, Biblioscholar*, 2012.
- 9 — Orde Kittrie, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- 10 — Véase R. Hirschl, “The judicialization of politics”, en R. Goodin (ed), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford: Oxford University Press, 2011; y también su libro anterior *Towards Juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- 11 — Véase H. Poulos y M.A. Haddad, 2016: “Violent Repression of Environmental Protests”, *SpringerPlus*, 5, 230.
- 12 — Véase C. Terwindt, *When Protest Becomes Crime. Politics and Law and Liberal Democracies*, London: Pluto Press, 2019. También el volumen monográfico de las *Oñati Socio-Legal Series* volumen 14, número 1 de 2014, editado por la propia Terwindt con Gustavo Rojas-Páez. Disponible [en línea](#).
- 13 — R. Watts, *Criminalizing Dissent. The Liberal State and the Problem of Legitimacy*, New York, Routledge, 2020.
- 14 — Véase, por ejemplo, M. Welch, *Flag Burning. Moral Panic and the Criminalization of Protest*, New York: Aldine de Gruyter, 2000. E.R. Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social». Texto incluido en “¿Es legítima la criminalización de la protesta social?” dentro del libro *Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010, pp. 1-15; y R. Gargarella, “Law and Social Protests”, *Criminal Law and Philosophy*, 6(2), 2012, pp. 131-148.
- 15 — Montse Riart y Xavi Tedó. “Tamara Carrasco, absuelta dos años después de ser detenida por terrorismo”. Noticia publicada en el Diari ARA el 6 de octubre de 2020. Disponible [en línea](#).



**José Luis Martí**

José Luis Martí es investigador en teoría de la democracia y profesor asociado de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Sus ámbitos de estudio son la democracia deliberativa, la democracia participativa y la democracia digital, así como el republicanismo y las nuevas tecnologías al servicio de la participación ciudadana. Es Doctor en Ciencias Políticas y actualmente lidera el proyecto de investigación *Global Democracy Project*.