LAWFARE: JUDICIALITZACIÓ DE LA POLÍTICA O POLITITZACIÓ DE LA JUSTÍCIA

Lawfare i democràcia. El dret com una arma de guerra

José Luis Martí



El president Donald Trump durant la presa de possessió d'Amy Coney com a jutgessa associada del Tribunal Suprem, el 26 d'octubre de 2020 a la Casa Blanca. Fotografia: Andrea Hanks/Viquipèdia

Des de que el dret és dret, individus malintencionats n'han fet un ús, diguem-ne, torçat o retorçat amb l'objectiu d'aprofitar-se'n il·legítimament. El punt no és tant que alguna gent s'aprofiti del dret en benefici propi, cosa que pot ser legítima, sinó més aviat que hi ha gent que l'utilitza per a finalitats que no són les previstes pel propi sistema jurídic, i que poden ser fins i tot contràries a les mateixes, pervertint institucions existents, o creant-ne de noves que poden entrar en conflicte amb els principis generals del sistema. Aquest, com dic, no és un fenomen nou.

Introducció: el naixement del *lawfare*

L'advocat romà Aulus Gel·li explica a la seva obra *Les nits àtiques* del segle II una de les paradoxes lògiques més boniques [1]. Un dia el sofista grec Protàgores es va trobar un

potencial alumne, Euatle, que volia prendre lliçons de retòrica amb ell però no tenia diners per a pagar-li. Protàgores el tranquil·litzà dient-li: "no et preocupis, Euatle. Tu aprèn amb mi, i quan guanyis el teu primer cas als tribunals ja em pagaràs el preu que em deguis per totes les lliçons que t'hagi donat". Euatle va acceptar, content, la proposta, i va estudiar amb Protàgores durant anys. Un cop completada la formació, però, passà el temps i Euatle no li pagava les classes a Protàgores amb l'argument que no havia guanyat encara cap cas. Un dia, finalment, Protàgores el va demandar judicialment. Abans d'entrar al judici, en trobar-se a la porta, Protàgores li digué a Euatle: "Passi el que passi em pagaràs el que em deus. Si guanyo el judici, et condemnaran a pagar-me. I si perdo, hauràs guanyat el teu primer cas i m'hauràs de pagar". A això Euatle respongué: "No, mestre. Passi el que passi no li pagaré el que li dec. Si guanyo jo, perquè m'hauran exonerat de pagar-li. I si perdo, perquè no hauré guanyat el meu primer cas". Qui utilitza el dret com un arma en aquesta història, Protàgoras o Euatle? La paradoxa no ens permet veure-ho del tot clar. Pot semblar que és l'Euatle qui n'abusa, doncs no li ha pagat a Protàgores les lliçons que li deu. Però també es pot pensar que Euatle té raó, doncs encara no ha pogut treure'n profit de les lliçons en no haver guanyat ni un sol cas, que Protàgores es va equivocar en fer-li aquella oferta a Euatle, i que en tot cas sembla que la seva demanda judicial està feta per parar-li una trampa a Euatle. L'ús estratègic o fins i tot abusiu del dret, la utilització del dret com una arma, també conegut com a *lawfare* o "guerra jurídica", és tan antic com el dret mateix [2].

Els exemples són abundants: les delacions i acusacions falses, els càstigs infundats o excessius, les dilacions processals indegudes o fraudulentes, les condemnes per fets no corroborats, la famosa prova diabòlica que a l'edat mitjana exigia als acusats demostrar la seva innocència davant d'una acusació, per exemple, d'heretgia o de bruixeria. L'enrevessat món del dret i la justícia pot convertir-se, en males mans, en un indesxifrable parany sense sortida, un immens sense sentit que ràpidament es transforma en un malson de conseqüències terribles, com Franz Kafka va descriure a la seva novel·la *El procés*, publicada pòstumament l'any 1925. Però per què llavors quasi tots els estudis sobre el tema coincideixen a dir que la idea de *lawfare* començà l'any 2001?

> Els exemples són abundants: acusacions falses, càstigs infundats o excessius, dilacions processals indegudes o fraudulentes o condemnes per fets no corroborats; l'enrevessat món del dret i la justícia pot convertir-se, en males mans, en un indesxifrable parany sense sortida, un immens sense sentit que ràpidament es transforma en un malson de conseqüències terribles

L'11 de setembre de 2001 uns terroristes sota el comandament de Bin Laden estavellaven els avions en que volaven sobre les Torres Bessones de Nova York i el Pentàgon assassinant més de 2.000 persones. Alguns creuen que aquell dia es produïa un punt d'inflexió en la història del dret modern liberal, democràtic i garantista, que fins llavors havia seguit

sempre un recorregut de progrés en el garantisme dels drets. La reacció als atemptats per part dels Estats Units presidits per George W. Bush no es va fer esperar. En tan sols un mes el Congrés aprovava per una amplíssima majoria la *Patriot Act*, iniciant així l'ús de l'anomenat *lawfare* o "guerra jurídica" anti-terrorista i donant cobertura "legal" a accions que pocs internacionalistes dubtarien a qualificar de contràries al dret internacional. Només cal pensar en les vulneracions continuades dels drets humans de centenars de persones que durant anys s'han produït al Centre de Detenció de Guantànamo (Cuba), o en l'intent de la pròpia Administració Bush de justificar determinades formes de tortura com si fossin legals, com el *waterboarding*, per no menciones accions de tortura concretes com les que es van destapar a la presó d'Abu Ghraib a Iraq. Tot i així, i de forma una mica paradoxal, la pròpia Administració Bush acusava els activistes de drets humans que protestaven contra aquestes formes de tortura i que presentaven denúncies per vulneració de drets humans d'estar utilitzant el dret il·legítimament per a interferir en el que Bush considerava un conflicte armat en el que estava en joc la seguretat nacional. Qui exactament estava utilitzant el dret com a arma, el Govern de Bush o les organitzacions de drets humans?

Aquell mateix any 2001 es va publicar l'article que popularitzaria el terme *lawfare*, un article d'estratègia militar escrit per l'alt oficial de les Forces de l'Aire nordamericanes Charles Dunlap [3]. El terme, però, ja l'havien utilitzat Qiao Liang i Wang Xiangsui dos anys abans en un llibre també d'estratègia militar titulat *Unrestricted Warfare*. I, de fet, la primera menció documentada de la paraula *lawfare* és la que van fer els australians John Carlson i Neville Yeomans al seu article "Whither Goeth the Law. Humanity or Barbarity", publicat l'any 1975, i en que es lamentaven del que descrivien com una creixent tendència dels sistemes jurídics de l'època cap a formes cada cop més adversarials i confrontacionals.

Tenint en compte aquests antecedents, potser no sorprèn que l'any 1985 el penalista alemany Günther Jakobs ja expliqués que en ocasions els sistemes penals tractaven els acusats no com a ciutadans, subjectes de drets fonamentals, sinó com enemics de l'ordre social. Basant-se en la idea de Carl Schmitt de l'estat d'excepció, que és aquell en la que s'activa amb més contundència la dialèctica entre amic i enemic, Jakobs elaborava una de les doctrines penals més influents i controvertides dels darrers anys: el dret penal de l'enemic (o *Feindstrafrecht*). La idea bàsica és senzilla. Els drets i les garanties s'han de respectar només quan es tracta dels nostres conciutadans. Si parlem en canvi de terroristes, d'enemics de la societat que amenacen la nostra seguretat nacional, el dret pot començar a utilitzar-se simplement com un instrument de defensa, és a dir, com una arma de guerra [4]. El fi de protegir la seguretat de la societat justificaria aparentment els mitjans de la cancel·lació o la restricció de drets fonamentals per algunes persones, així com l'ús indiscriminat de formes de coacció legal com les detencions arbitràries, la prolongació de la presó preventiva, l'inici de causes judicials sense una fonamentació veritablement sòlida, l'aplicació forçada o extensiva de tipus delictius que no acaben d'encaixar amb els fets, i fins i tot les reformes legislatives per endurir les penes per a determinats delictes "d'enemic" i la redacció i execució de sentències contundents i exemplaritzants que defensin la societat de l'amenaça que l'enemic representa. La millor síntesi la fa el propi Jakobs: "l'enemic té menys drets" [5].

Al principi Jakobs semblava estar simplement descrivint un patró o un procés de transformació dels sistemes jurídics occidentals. Després de 2001, però, va començar a considerar la seva idea del dret penal de l'enemic com un mecanisme de defensa comprensible i justificable. Com és que Jakobs va ser capaç d'anticipar-se 15 anys a l'atemptat de les Torres Bessones i a la reacció que aquest va generar? Doncs perquè ell havia identificat una pulsió latent en els nostres sistemes jurídics democràtics que és en efecte anterior al 2001, una pulsió molt clara i evident, per exemple, en el dret penal dels anys 80s i 90s en mig de l'auge del punitivisme i de les polítiques anglosaxones del "tough on crime", el "three strikes and you are out", i d'altres, especialment en el context de la guerra contra les drogues.

Set anys després de l'atemptat del 11-S, i havent conclòs els dos mandats presidencials de Georg W. Bush, Barack Obama disputava unes eleccions molt renyides amb John McCain fent un discurs fortament basat en l'esperança de la construcció d'un món millor, d'un nou ordre internacional basat en la pau, els drets humans i l'ecologia, i sobretot amb la promesa de girar pàgina al llegat de Bush. En un dels debats electorals televisats entre Obama i McCain, en un moment de preguntes del públic, una dona llença un dard enverinat a Obama que amb el temps es mostraria profètic. La dona li pregunta al candidat demòcrata què faria si, sent President dels Estats Units, els serveis d'intel·ligència li diguessin que havien localitzat a Osama Bin Laden a Pakistan. Obama no ho va dubtar. "We will kill Bin Laden. We will crush Al Qaeda. That has to be our biggest national security priority" [6]. Aquella terrible frase resumia perfectament el que hi ha de pervers en la idea del *lawfare*. Qualsevol cosa està permesa quan es tracta de defensar la seguretat nacional dels nostres enemics. Si Bin Laden és un terrorista que "ataca" els Estats Units, aquests tenen el dret de defensar-se i matar-lo, fins i tot sense donar-li un judici just. Així és la guerra. El més pur exemple del dret penal de l'enemic, el *lawfare* elevat a la màxima potència. I el que és pitjor, la resposta d'Obama no va causar cap incomoditat o escàndol entre la opinió pública nord-americana. Al contrari, era la resposta que tothom esperava.

> El que hi ha de pervers en la idea de lawfare és que qualsevol cosa està permesa quan es tracta de defensar la seguretat nacional davant dels nostres enemics

Potser no ho sabrem mai, però costa no pensar en que deuria ser precisament allò el que Obama va ordenar l'any 2011 quan efectivament Bin Laden va ser assassinat per les forces d'elit nord-americanes. Obama, que havia guanyat amb la promesa de posar fi a la política internacional venjativa de George W. Bush, basada en la infantil divisió entre "bons i dolents", entre països civilitzats i el que va ser batejat com "l'eix del mal", és a dir, entre amics i enemics, no va ser capaç de tancar Guantànamo ni de portar Bin Laden als tribunals perquè tingués un judici just amb totes les garanties penals.

L’evolució recent del *lawfare*: dret, política i democràcia

Durant les darreres dues dècades, la idea de *lawfare* ha evolucionat fonamentalment vinculada a l’àmbit del dret internacional, i més especialment del dret de la guerra i de les intervencions armades i al dret internacional dels drets humans [7]. El *lawfare* internacional es refereix sense dubte a l’abús dels instruments jurídics internacionals, a un retorçament o traïció dels seus principis, però també, paradoxalment, a les demandes entre països en el context de conflictes que en altres moments potser s’haurien resolt de forma armada. Vist així, el *lawfare* podria tenir fins i tot una part positiva, sempre que sigui una alternativa real a la confrontació bèl·lica o armada. Però no m’aturaré en el *lawfare* internacional. Vull centrar-me, en canvi, en tres fenòmens que es produeixen en l’àmbit nacional que, si bé no són nous, sí que podem observar que s’han accelerat en els darrers 20 anys, i que representen avui un perill evident per a la salut i la consolidació de les nostres democràcies:

- L’ús cada cop més freqüent del *lawfare* com arma política quotidiana alternativa als processos democràtics ordinaris.
- La judicialització de la política, complementada per la polititització de la justícia.
- La repressió creixent dels moviments de protesta i l’abús general del dret penal per a restringir drets fonamentals, especialment aquells de naturalesa més política.

El *lawfare* com a instrument de combat polític intern

En primer lloc, en les darreres dues dècades hem presenciat una expansió de l’ús del *lawfare* com instrument de combat polític intern, és a dir, com arma que alguns actors polítics utilitzen per aconseguir, sovint de forma il·legítima, objectius que no han pogut conquerir políticament, per la força de les urnes. Això inclou bona part dels exemples ja mencionats a la primera part de l’article: denúncies falses, accions policials o prejudicials injustificades, fake news amb contingut o repercussions jurídiques, il·legalitzacions de partits o invalidació de llistes polítiques, etc. Aquest ús del *lawfare* polític ha estat especialment intens en el context d’Amèrica Llatina. Com passa sovint, és difícil destriar aquí quins usos del dret serien legítims i quins serien il·legítims. Casos com la persecució jurídica de Lula o Dilma Rousseff a Brasil, o com la de Fernando Lugo a Paraguay, o la de Rafael Correa a Equador, o la d’Evo Morales a Bolívia, o la de Cristina Fernández de Kirchner a l’Argentina, s’han presentat com exemples de *lawfare* [8]. Potser el cas de Lula i Rousseff és, de tots ells, l’exemple més clar de *lawfare* il·legítim.

Succeeix, però, que algunes de les batalles judicials que s’han iniciat contra aquests líders polítics poden tenir un fonament jurídic realment sòlid, és a dir, estar motivades per conductes il·legals o delictives reals. Ens trobem aquí amb l’aire de paradoxa de la història de Protàgores i Euatle amb que hem començat aquest article. Qui intenta aprofitar-se de qui utilitzant el dret? Tot polític que sigui acusat penalment d’alguna cosa es defensarà immediatament dient que està sent víctima de *lawfare* il·legítim. El problema, tal i com hem

anat veient en els exemples anteriors, és que només un tribunal pot destriar realment el gra de la palla. Com sabem si Cristina Kirchner ha estat víctima de *lawfare* il·legítim o no en els múltiples casos que té oberts? L'única manera de saber-ho és confiant en un tribunal independent que analitzi el seu cas. Però això implica judicialitzar irremeiablement el conflicte.

> En les darreres dues dècades hem presenciat una expansió de l'ús del lawfare com instrument de combat polític intern, és a dir, com arma que alguns actors polítics utilitzen per aconseguir, sovint de forma il·legítima, objectius que no han pogut conquerir políticament, per la força de les urnes

De fet, això podria tenir, igual que passava amb els exemples de dret internacional, una dimensió positiva, si és que el recurs a la justícia es veu com una alternativa a altres formes de confrontació política més agressives i fins i tot violentes. Al cap i a la fi, en un sistema jurídic regit de forma efectiva per uns mínims principis d'estat de dret, imperi de la llei i independència judicial, s'han de complir determinades regles bàsiques (com la presumpció d'innocència o el dret de defensa) que permetran a la víctima del lawfare defensar-se millor, i es poden evitar així escalades armades del conflicte. És clar que aquest suposat avantatge s'esvaeix en aquells casos en que els principis mínims esmentats no es compleixin, quan es retorça el dret per part de la policia, els fiscals i els propis jutges, amb l'objectiu de servir una determinada causa política. Al cap i a la fi, tal i com ens alertava Thomas Jefferson en una cèlebre frase, el dret pot convertir-se en una mal·leable massa de cera que en mans de jutges sense escrúpols pot acabar adoptant la forma que aquests desitgin. El que succeeix llavors, com explica perfectament Orde Kittrie, és que neix un "dret alternatiu" orientat només a atacar deliberadament algú per raons estrictament polítiques, un dret que distorsiona i traeix amb subterfugis els principis bàsics del propi estat de dret, tot i que digui estar servint el principi de legalitat [9].

Judicialització de la política i politització de la justícia

Això ens porta al segon fenomen que vull analitzar, el de la judicialització de la política i la politització de la justícia. Que la justícia està polititzada no és cap novetat. Als Estats Units, per exemple, fa dècades que s'analitza la composició de la Cort Suprema identificant quins dels 9 magistrats tenen una ideologia conservadora, quins la tenen progressista i quins poden votar amb un bloc en alguns casos i amb l'altre en d'altres, els anomenats *swinging judges*. Potser el control judicial de les lleis que exerceix la Cort Suprema, o a Espanya el Tribunal Constitucional, pot estar justificat, tal i com pensaven Hamilton, Marshall o Kelsen, i bona part de la teoria constitucional moderna. Però el que és evident és que les decisions dels jutges no són políticament neutrals. Si ho fossin, no seríem capaços de predir, amb un reduït marge d'error, què votaran la majoria dels jutges dels més alts tribunals en moltes de les sentències, especialment aquelles que tenen un component més

clarament polític i ideològic. I és que els jutges són éssers humans, i com a tals no poden transcendir totalment la seva pròpia ideologia o el seu biaix personal subjectiu. I encara és més difícil si el mètode de nomenament té una eminent naturalesa política, com és el cas precisament d'aquests alts tribunals en molts països del món. Per si fos poc, aquest problema que existeix des dels propis inicis dels sistemes jurídics i judicials moderns sembla a ulls d'alguns juristes i observadors agreujar-se amb el temps. Tots coneixem exemples de deteriorament de les condicions d'independència judicial a Europa i als Estats Units, i ja no diguem a la regió d'Amèrica Llatina. És per això que el primer fenomen que he descrit, el del *lawfare* polític, es veu agreujat amb la politització de la justícia.

I a la politització de la justícia hem d'afegir-hi encara una nova dimensió: la judicialització de la política, no ja entesa com l'ús il·legítim de lawfare contra un candidat o un opositor, sinó com la judicialització de les grans decisions polítiques substantives. En les darreres tres dècades hem vist com ha augmentat la tendència a que els grans temes de discussió política acabin sent decidits finalment per part dels més alts tribunals, o que com a mínim aquests puguin exercir un cert poder de veto. Des de la Cort Suprema d'Estats Units decidint qui havia de ser el President dels Estats Units en el cas Bush vs. Gore, l'any 2000, amb les conseqüències que tots coneixem i a les que m'he referit a l'inici, fins al Tribunal Constitucional alemany decidint sobre si era acceptable el Tractat de Lisboa de l'any 2006 o la política d'eurobons l'any passat, passant per tots els alts tribunals de les nostres democràcies que han tingut la darrera paraula en qüestions bàsiques d'equilibri territorial, de política monetària, financera i fiscal, de redistribució de la riquesa, de política cultural i lingüística, de legislació electoral i drets polítics, i per suposat de totes aquelles qüestions que puguin afectar els drets civils i socials, des de l'avortament a la pena de mort, passant per l'eutanàsia, el matrimoni igualitari o la llibertat d'expressió.

> No és només que es judicialitzin accions aïllades, sinó que s'acaba portant als tribunals qualsevol decisió política d'una certa importància perquè siguin els jutges els que exerceixin un control últim que implica de facto un buidament de poder de les institucions polítiques

És el que el constitucionalista canadenc Ran Hirschl ha descrit com "la judicialització de la mega-política". No és només que es judicialitzin accions aïllades, com pot ser la d'una protesta determinada, sinó que s'acaba portant als tribunals qualsevol decisió política d'una certa importància per a que siguin els jutges els que exerceixin un control últim, sempre justificat en la preservació dels valors constitucionals, però que implica de facto un buidament de poder de les institucions més netament polítiques, com el Parlament o el propi govern. I així és com les nostres democràcies, ens diu Hirschl, es van convertint cada dia més en "juristocràcies" [10]. En el millor dels casos, una juristocràcia tindrà jutges independents, competents i responsables prenent bones decisions. En el pitjor, jutges sense escrúpols crearan el "dret alternatiu" del que parlàvem abans només per perseguir

determinats fins polítics en benefici propi i contra bona part de la societat. Però en tot cas, millor o pitjor, una juristocràcia no és una democràcia.

L'ús del *lawfare* contra moviments socials i accions de protesta

I arribem al tercer fenomen recent vinculat al *lawfare* que és l'increment de l'ús del *lawfare* per a perseguir moviments socials o accions de protesta que de fet haurien d'estar emparades pels drets polítics fonamentals de reunió, manifestació i protesta. Comencem amb algunes dades. Helen Poulos i Mary Alice Haddad, per exemple, han estudiat exhaustivament 175 moviments o accions de protesta ecologista pacifica que han tingut lloc en el món entre 1965 i 2003, i han trobat en un terç d'ells han estat reprimits per la policia de forma violenta, i que la gran majoria d'aquestes repressions –però no totes- han succeït en països amb rendes per càpita baixes, fonamentalment d'Amèrica Llatina i Àsia, i contra grups de protestants que formen part de sectors vulnerables o marginalitzats [11]. El mateix patró de repressió i criminalització dels moviments socials i de protesta els identifica l'antropòloga Carolijn Terwindt, però ja no concentrat en països més pobres, sinó estès a totes les democràcies liberals [12]. Com ens explica Rob Watts a un magnífic llibre que s'acaba de publicar aquest mateix any, *Criminalizing Dissent*, els casos de repressió dels moviments de protesta i contestataris no es limita a països autoritaris o a països amb una més dèbil trajectòria democràtica, sinó que s'estén també, i de manera molt preocupant, en l'àmbit de les democràcies liberals suposadament consolidades [13]. Hi ha una tendència cada cop major a perseguir la dissidència, la protesta, la crítica. És, sense dubte, una tendència anti-democràtica, però que no es circumscriu només als països no democràtics.

La repressió policial violenta, les càrregues policials, per exemple, són només una de les múltiples facetes que pot adoptar la guerra jurídica bruta de l'estat contra aquests moviments de protesta. Són ben coneguts altres mecanismes de suposada prevenció criminal, habitualment dissenyats en la lluita contra-terrorista, però que acaben sent aplicats a pràcticament qualsevol ciutadà que sigui percebut com un protestant molest [14]. Només cal que pensem en exemples més propers com l'anomenada Llei Mordassa aprovada pel Partit Popular a Espanya, o les restriccions tan legislatives com judicials que s'han imposat contra la llibertat d'expressió, sovint utilitzant instruments com el del discurs de l'odi que estaven dissenyats per a protegir grups socials vulnerables que havien patit històricament la dominació severa per part dels grups dominants, però que ara, en un típic moviment de retorciment de la llei i de *lawfare*, poden acabar protegint justament els poderosos, com un cap d'estat, l'exèrcit o la pròpia policia. O pensem en el cas prototípic de la detenció per terrorisme de la Tamara Carrasco, que finalment ha acabat sent absolta [15].

Tot i que la repressió específica dels moviments ecologistes prové dels anys 60, com mostren Poulos i Haddad, gran part de la literatura sobre el tema coincideix en considerar 1999 -un altre cop!- l'any que es produeix un cert punt d'inflexió en la repressió de les protestes organitzades a Seattle contra la cimera de la Organització Mundial del Comerç,

després seguides per les de Gènova, on un dels manifestants va perdre la vida. No pot ser casualitat que els estudiosos dels moviments socials i de la seva repressió policial i criminalització identifiquin un punt d'empitjorament just en el mateix moment en que els analistes d'estratègia militar xifren l'inici del *lawfare* contemporani. Com he intentat mostrar a la primera part de l'article, el que estem veient créixer en múltiples àmbits i a diferents nivells han de ser forçosament diverses dimensions d'un mateix fenomen més complex i profund. Encara no comprenem prou les raons de per què s'està produint aquest fenomen. Però sí que podem dir que suposa una greu amenaça per a la democràcia, els drets humans i els principis de l'estat de dret, i més encara quan s'acompanya de la polarització social i política creixent que està caracteritzant les nostres societats.

> La democràcia no pot existir fora de l'estat de dret, com la política no pot transformar el món si no és mitjançant l'ús del dret. El problema no és que el dret ingereixi en la política democràtica; el problema és quan el dret es converteix en una arma de guerra, quan se n'abusa i se l'utilitza fraudulentament o il·legítimament

El dret és l'instrument essencial de la política i el fonament ineludible de tota democràcia. La democràcia no pot existir fora de l'estat de dret, com la política no pot transformar el món si no és mitjançant l'ús del dret. El problema, per tant, no és que el dret ingereixi en la política democràtica. El problema és quan el dret es converteix en una arma de guerra, quan se l'utilitza fraudulentament o il·legítima, quan se n'abusa en contra tants dels seus propis principis generals i bàsics com dels propis valors democràtics essencials. La democràcia requereix respecte absolut i escrupolós pel pluralisme i per la diferència d'opinions, que cal arbitrar en les seus i els espais de naturalesa política dissenyats per això, com els parlaments. I la democràcia requereix també una societat activa i vigilant, disposada a prendre els carrers per a defensar els seus drets i les seves llibertats. La gran majoria dels drets civils, polítics i socials de que gaudim avui en dia s'han conquerit gràcies a aquesta lluita política i a la deliberació pública plural que ha anat transformant i movent la societat en una determinada direcció. El *lawfare* polític i la criminalització de la protesta, i ja no diguem l'ús del dret penal de l'enemic, són en aquest sentit fenòmens netament antidemocràtics que ens han de fer preocupar a tots, i pels quals necessitem solucions efectives i urgents. Si cal, haurem de sortir al carrer a defensar la democràcia també d'això.

REFERÈNCIES

1 — Aulus Gel·li, *Les nits àtiques*, Barcelona, Bernat Metge, 2018.
2 — Aquesta és, de fet, la definició més estesa de *lawfare*, i també el títol d'un dels millors treballs que existeixen sobre aquest fenomen, el llibre d'Orde 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 vegeu també Charles J. Dunlap, 'Lawfare Today: A Perspective', *Yale Journal of International Affairs*, Winter, 2008, pp. 146–54. Aquí es pot trobar una traducció al castellà, força dolenta per cert, del que Dunlap considera un manual bàsic de *lawfare*: Charles Dunlap, "Introducción a la guerra jurídica. Manual básico", *Military Review*, agost 2017, disponible en línia.

4 — Vegeu Günther Jakobs i Manuel Cancio Melià, *El derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2006. També 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; i Manuel Cancio Melià i Carlos Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo*, 2 vols., Madrid, Edisofer, 2006.

5 — Vegeu "Los intelectuales del mundo y La Nación. 'El enemigo tiene menos derechos', dice Gúnther Jakobs", *La Nación*, 26 de juliol de 2006. Disponible en línia.

6 — Es pot veure la pregunta i la resposta en aquesta pàgina.

7 — Vegeu els treballs d'un dels màxims especialistes en aquest àmbit del lawfare al dret internacional: David Kennedy, *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006; i David Kennedy, "Lawfare and Warfare", a James Crawford i Martti Koskenniemi (eds), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

8 — Vegeu en aquest vídeo l'explicació de John Comaroff, professor de Harvard i un dels especialistes en la idea del *lawfare,* sobre com la persecució que van rebre Lula i Dilma Rousseff va ser un cas de manual de *lawfare* polític. Per una visió complementària que inclou altres actors no estrictament polítics com a promotors del lawfare, vegeu també 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 — Vegeu R. Hirschl, "The judicialization of politics", a R. Goodin (ed), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford: Oxford University Press, 2011; i també el seu llibre anterior *Towards Juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2007.

11 — Vegeu H. Poulos i M.A. Haddad, 2016: "Violent Repression of Environmental Protests", *SpringerPlus*, 5, 230.

12 — Vegeu C. Terwindt, *When Protest Becomes Crime*. *Politics and Law and Liberal Democracies*, London: Pluto Press, 2019. També el volum monogràfic de les *Oñati Socio-Legal Series* volum 14, número 1 de 2014, editat per la pròpia Terwindt amb Gustavo Rojas-Páez. Disponible en línia.

13 — R. Watts, *Criminalizing Dissent. The Liberal State and the Problem of Legitimacy*, New York, Routledge, 2020.

14 — Vegeu, per exemple, 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». Text inclòs al capítol “¿Es legítima la criminalización de la protesta social?” dins del llibre *Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010, pp. 1–15; i R. Gargarella, “Law and Social Protests”, *Criminal Law and Philosophy*, 6(2), 2012, pp. 131-148.

15 — Montse Riart i Xavi Tedó. “Tamara Carrasco, absolta dos anys després de ser detinguda per terrorisme”. Notícia publicada al Diari ARA el 6 d’octubre de 2020. Disponible en línia.



José Luis Martí

José Luis Martí és investigador en teoria de la democràcia i professor associat de Filosofia del Dret a la Universitat Pompeu Fabra. Els seus àmbits d’estudi són la democràcia deliberativa, la democràcia participativa i la democràcia digital, així com el republicanisme i les noves tecnologies al servei de la participació ciutadana. És Doctor en Ciències Polítiques i actualment lidera el projecte de recerca *Global Democracy Project*.