

La guerra jurídica: a propósito de eso que llaman *lawfare**

CARLOS RIVERA LUGO**

Cómo citar este artículo: Rivera-Lugo, C. (2022). La guerra jurídica: a propósito de eso que llaman *lawfare*. *El Otro Derecho*, 60, 29-53.

Recibido: 1 de diciembre de 2022 **Aprobado:** 15 de diciembre de 2022.

*La concepción del derecho deberá ser liberada
de todo residuo de trascendencia y de absoluto;
prácticamente, de todo fanatismo moralista.*

Antonio Gramsci



RESUMEN

El *lawfare* es ese nuevo concepto en boga con el que se aspira a describir lo que algunos caracterizan como una nueva expresión histórica de la guerra jurídica, es decir, el uso del derecho y los procesos jurídicos para hacer la guerra por otros medios contra el adversario o enemigo. En tiempos recientes, en América Latina se le ha querido imprimir un sentido fijo e unívoco, como un instrumento utilizado exclusivamente por el imperialismo estadounidense y la derecha para librar una especie de guerra híbrida o asimétrica contra la izquierda, incluyendo la realización de “golpes blandos” o “cambios de régimen”, así como la criminalización arbitraria de gobernantes y dirigentes de esta tendencia en países como, Brasil, Argentina y Ecuador. A partir de ello, se define el *lawfare* como un ataque al Estado liberal y democrático de derecho. Sin embargo, también en Estados Unidos hay quienes se oponen igualmente al *lawfare* por

* El presente artículo fue publicado originalmente en el Boletín Crítica jurídica y política en Nuestra América, Número 7, marzo/abril 2021, pp. 22-41. Buenos Aires: CLACSO.

** El autor es Profesor e Investigador Independiente en Filosofía y Teoría del Estado y del Derecho. Es Catedrático retirado de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos (Mayagüez, Puerto Rico), de la que también fue Decano fundador. Es Profesor del Programa de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México). Es autor, entre otras obras, de *Crítica à economia política do direito* (São Paulo, 2019), *¡Ni una vida más para el Derecho! Reflexiones sobre la crisis actual de la forma jurídica* (San Luis Potosí/Aguascalientes, 2014) y *La rebelión de Edipo y otras insurgencias jurídicas* (San Juan de Puerto Rico, 2004). Es autor también de *Estado, Direito e Revolução* (São Paulo, 2022). Es miembro del GT CLACSO “Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos” y Editor a cargo de su Boletín Crítica jurídica y política en Nuestra América. Email: crivlugo@gmail.com.

entender que es una arma utilizada por grupos insurgentes, movimientos sociales o gobiernos que empuñan agendas contrahegemónicas, como la República Popular de China, o denuncias de crímenes de lesa humanidad, como la Autoridad Nacional Palestina, contra Estados Unidos y algunos de sus aliados como Israel. Ambos entendidos están inscritos en lo que se caracteriza como una perspectiva negativa del *lawfare*. En ese sentido, se está ante un concepto en disputa, sobre todo debido a que trata de un fenómeno, no sólo regional sino que mundial, con una pluralidad de expresiones prácticas y entendidos políticos. En última instancia, eso que llaman hoy *lawfare* es una realidad política y de poder en la que están implicados tanto la izquierda como la derecha. Así las cosas, desde una perspectiva materialista y estratégica —ni negativa ni positiva—, el Estado de derecho siempre ha sido un campo de batallas y luchas, entre clases y pueblos, realidad esta que tiende a ser ignorada por el fetichismo de la forma jurídica y la forma Estado, así como de sus acepciones ideológicas ancladas en el liberalismo, que tiende a prevalecer hoy entre la izquierda progresista, particularmente en nuestra región.

Palabras claves: Guerra jurídica, *lawfare*, forma jurídica, fetichismo jurídico, luchas de clases.



ABSTRACT

Lawfare is that new concept in vogue that aims to describe what some characterize as a new historical expression of juridical warfare, that is, the use of law and legal processes to wage war by other means against the adversary or enemy. In recent times, in Latin America we are witnessing a trend towards giving our understanding of *lawfare* a fixed and univocal meaning, as an instrument used exclusively by US imperialism and the right for the purpose of waging a kind of hybrid or asymmetric war against the left, including carrying out “soft coups” or “regime changes”, as well as the arbitrary criminalization of rulers and leaders of the left in countries such as Brazil, Argentina and Ecuador. In this context, *lawfare* is defined as an attack on the liberal and democratic rule of law. However, in the United States there are also those who are equally opposed to *lawfare* because they understand that it is a weapon used by insurgent groups, social movements or governments that pursue counter-hegemonic agendas, such as the People’s Republic of China, or promote denunciations of crimes against humanity, such as the Palestinian National Authority, against the United States and some of its allies such as Israel. Both inscribe themselves in a negative perspective of *lawfare*. In this sense, it is a concept in dispute, especially since it deals with a phenomenon, not only regional but also global, with a plurality of concrete expressions and political understandings. Ultimately, what is called *lawfare* today is a political and strategic reality in which both the left and the right are implicated. Thus, from a strategic and materialist perspective —neither negative or positive—, the rule of law has always been a field of battles and struggles, between classes and peoples, a reality that tends to be ignored by the fetishism of the legal and the state forms that tends to prevail today among the progressive left, particularly in our region.

Keywords: Juridical warfare, *lawfare*, Legal form, legal fetishism, class struggles.

LOS CONCEPTOS TIENEN QUE REFLEJAR EL MOVIMIENTO REAL

Recientemente me he visto enfrascado en un debate necesario sobre eso a lo que hoy la izquierda en la América nuestra se ha estado refiriendo como *lawfare*. Confieso que lo que más me ha impactado al respecto es la insistencia de algunos y algunas de que esta guerra jurídica constituye un instrumento exclusivamente al servicio de causas y luchas propias de la derecha, sobre todo la persecución de sus adversarios o enemigos de izquierda. Dicen que esta última no incurre en ella debido a que se trata de un uso torcido y indebido del derecho, en contra de los principios mismos del Estado de derecho. La izquierda, opinan, no puede acudir a usos antiéticos e inmorales del derecho y en ello se diferencia de la derecha.

Por eso, si uno afirma que el gobierno boliviano desarrolla una guerra jurídica al arrestar a los principales responsables del gobierno de facto que surgió del golpe de estado de noviembre de 2019 y las actuaciones criminales perpetradas por estos, se le responde inmediatamente que eso no es guerra jurídica o *lawfare*, sino que meramente se está haciendo justicia de conformidad con el Estado de derecho. Desde una especie de comprensión maniquea del fenómeno, parecería postularse que la derecha tuerce la ley para su beneficio particular, mientras que la izquierda la aplica tal cual es para hacer justicia. Incluso, desde una perspectiva inmediatista posmoderna que claramente ha penetrado ideológicamente a sectores de esa izquierda, se entiende el *lawfare* como un fenómeno caracterizado por una particularidad que no tiene relación alguna con nada parecido en el pasado. Será que estamos efectivamente ante una novedad histórica o una nueva usanza conceptual que si bien pretende denunciar la judicialización de la persecución por la derecha de líderes gubernamentales y políticos de la izquierda, parecería también representar una explicación que invisibiliza las deficiencias o errores estratégicos de esa izquierda, los cuales han servido de caldo de cultivo al desarrollo del fenómeno al que se alude dentro de un contexto estratégico caracterizado por derrotas coyunturales u oportunidades históricas perdidas.

Los conceptos no pueden cerrarse al movimiento real de los fenómenos que tratan de describir. Ningún concepto es idéntico al objeto de estudio. La realidad resulta mucho más rica y compleja que nuestras conceptualizaciones acerca de ésta. No puede ser reducida por lo tanto a ideas a priori, como si no estuviese atravesada de la contradicción. En ese sentido, hay que construir más bien marcos de experiencia que sirvan de fuente material de nuestros marcos conceptuales.

Asimismo, a la verdad sobre las cosas no se llega mediante su reducción a una sola de sus partes sino que se requiere que también la parte se relacione con la totalidad social, incluyendo su historicidad. No se puede entender una sin la otra como condiciones que son de la relación dinámica que caracteriza la producción y reproducción de ambas. Sin embargo, esa totalidad no es algo dado ni fácilmente aprehensible. Somos sujetos finitos, como finitos son también nuestros entendidos. A partir de ello, hay que reconocer, como ya he señalado, la esencial no-identidad de la realidad con nuestros conceptos acerca de ella. De ahí que el concepto tiene que moverse como se mueve la misma realidad, como se despliegan las contradicciones al interior de ésta. Por eso no puede ser estático o cerrado.

Toda proposición conceptual que procede en abstracción de ese despliegue real y concreto de las cosas o los fenómenos, está condenado al fracaso. La vida se mueve de conformidad con una dialéctica material y no a base de representaciones abstractas e idealistas de ésta. No nos estamos refiriendo exclusivamente a la dialéctica como método, sino que sobre todo a la dialéctica como el movimiento real del objeto que estudiamos. Por eso es que hay que romper con los marcos rígidos de entendimiento y reconocer que aún en el caso de que no se puede reducir nuestra comprensión a pura facticidad, tampoco puede reducirse la teoría a pura abstracción de la realidad.

Ese es el caso, por ejemplo, con ciertas comprensiones de eso que llaman *lawfare*, como un alegado desarrollo nuevo de ese otro fenómeno histórico que nada tiene de nuevo: la guerra jurídica, es decir, la realización de la guerra, particularmente la guerra o lucha de clases, grupos, naciones o pueblos, por medio de la forma jurídica. En esta forma y la idea del derecho que de ella emana, se encuentra el origen no sólo conceptual sino práctico del mentado *lawfare* y las pretensiones de divorciarlo del fenómeno general de la guerra jurídica como si estuviese caracterizada como particularidad absoluta y no relativa. Sin embargo, hay que entender que el *lawfare* es en última instancia un derivado de un contexto estructurado por relaciones sociales y de poder, de carácter capitalistas.

En ese sentido, el *lawfare* como experiencia particular es parte de la guerra jurídica como una de las manifestaciones de esa guerra social — también conocida como la lucha de clases— que es inherente a la sociedad burguesa como sociedad de clases y es desde ese contexto más amplio que puede realmente darse con el sentido real de este fenómeno. Y es que el sentido concreto del *lawfare* está mediado por ese contexto estratégico más amplio integrado por elementos y momentos tanto de continuidad como de

discontinuidad. Por eso hay que insistir en un proceso de análisis crítico que reconozca esa interrelación y no reduzca el conocimiento sobre el fenómeno a una sola de sus fuentes constitutivas.

Al igual que la política, históricamente el derecho no ha sido más que la guerra por otros medios. Es, en un sentido general, el uso del derecho en sustitución de los medios tradicionalmente militares en función de unos fines e intereses. Debajo de todo Estado de derecho anida, como fuente material de éste, un Estado de hecho consistente en un modo históricamente determinado de producción y de dominación. Todo derecho existe, por lo tanto, en un contexto social y estratégico, caracterizado por unas relaciones sociales y de poder específicas. Por ello, cualquier conceptualización que hagamos de este fenómeno de la guerra jurídica, debe partir del reconocimiento de esta realidad total innegable que le sirve de contexto, que no se atiene a lógicas no-contradictorias, valoraciones abstractas de izquierda o derecha, o juicios morales igualmente abstractos sobre lo bueno o malo.

Sin embargo, aún así hay quienes insisten en asignarle una connotación exclusivamente negativa al concepto de *lawfare*, como si se debiese al mal uso o distorsión de la forma jurídica. Ese es el caso de algunos de los exponentes sobre el tema en América Latina como, por ejemplo, Silvina Romano del Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELAG). Dicha autora define el *lawfare* o la guerra jurídica como “el uso indebido de herramientas jurídicas para la persecución política; la aplicación de la ley como un arma para destruir al adversario político por la vía judicial”. Para ella, el rescindimiento en Brasil de la presidenta Dilma Rousseff y la posterior persecución y encarcelación del exmandatario brasileño Luis Inácio Lula Da Silva, así como el acoso judicial a la expresidenta argentina Cristina Fernández y al expresidente ecuatoriano Rafael Correa por alegados actos de corrupción, son apenas algunos de los ejemplos más notorios de este llamado “abuso de la ley” o “judicialización de la política”, lo que Romano caracteriza como “un nuevo frente de batalla” que ha sido abierto por la derecha, sobre todo la neoliberal. Si bien acepta que el *lawfare* no es algo que fue inventado sólo para usarse contra la izquierda, le parece que el *lawfare* representa más bien la materialización de unas relaciones asimétricas de poder que han ido recortando el ámbito de la llamada democracia liberal (Romano, 2019: 19-23).

La postura de Romano tiende a parecerse esencialmente a la perspectiva empuñada por el *Lawfare Project*, en Estados Unidos, quien define el *lawfare* como un fenómeno negativo, entendiéndolo más bien como

“el abuso de las leyes y los sistemas judiciales de Occidente para lograr unos fines estratégico-militares o políticos” (Wittes, Chesney, y Goldsmith, 2010). La directora de dicho Proyecto, Brooke Goldstein, de origen canadiense, sostiene que el *lawfare* es el abuso del derecho y de los sistemas judiciales para socavar los principios mismos en los que sustentan, particularmente el Estado liberal de derecho. Por eso, aclara que la organización que ella dirige es más propiamente un “Counter-*Lawfare* Project” ya que, según opina, el *lawfare* sólo lo protagoniza los enemigos del Estado de derecho (Goldstein, 2019, sep.).

Ahora bien, mientras Silvina Romano y el CELAG están comprometidos con una lucha contra el *lawfare* desde una perspectiva progresista, Goldstein sigue una agenda ideológica muy otra en torno a la aplicación del concepto de *lawfare*. Ésta ha admitido que el *Lawfare Project* fue creado como una entidad dedicada a litigar a favor del Estado de Israel. De ahí que ella ha sido una acérrima crítica de toda denuncia a los crímenes de guerra y de lesa humanidad perpetrados por el ilegalmente ocupante Estado de Israel en los llamados territorios palestinos. Por ejemplo, ha despachado como “antisemitas” las denuncias hechas al respecto por los senadores estadounidenses progresistas Bernie Sanders, de origen judío, y Elizabeth Warren.

La directora ejecutiva del *Lawfare Project* se opone a las denuncias internacionales que también se hacen contra la política de apartheid con la que el gobierno israelí ha victimizado al pueblo palestino, tanto en Israel como en los territorios ocupados. Sobre la campaña de boicot que se desarrolla en el presente contra el Estado de Israel, conocida como Boicot, Desinversiones, Sanciones (RESCOP), le imputa a ésta estar motivada también por un alegado odio antisemita. Así caracteriza también el apoyo a esa campaña de parte de congresistas estadounidenses progresistas como Alexandria Ocasio Cortez, Ilhan Omar y Rashid Tlaib, esta última de origen palestino. En ese sentido, las denuncias y campañas de la izquierda contra las acciones ilegales del régimen israelí son para ella *lawfare*. La defensa de las políticas israelíes violatorias del Derecho Internacional no lo es. El *lawfare* es negativo en la medida en que está dirigido contra el gobierno de Israel. Además, a pesar de la caracterización que se hace generalmente del sionismo como racista, Goldstein lo defiende abiertamente como elemento esencial de la identidad hebrea. Es crítica, además, de lo que llama el “*lawfare* islámico” que pretende usar el Estado de derecho para denunciar los crímenes y las injusticias perpetradas por las potencias llamadas occidentales contra los pueblos musulmanes.

Llama la atención, sin embargo, que tanto Romano como Goldstein, cada una desde trincheras ideológicas y políticas opuestas, tiendan a coincidir en una valoración positiva y defensa de ese Estado de derecho en su sentido liberal, es decir, el Estado de derecho burgués. Caracterizan como negativo su debilitamiento. En el caso de Silvina Romano sólo propone reformas a éste para la institución de lo que ella llama una democracia sustantiva con justicia social.

LA ILUSIÓN BURGUESA DEL DERECHO

Al interior de la izquierda, incluso la marxista, siempre ha existido un diferendo sobre qué es el derecho. Sobre todo, ha habido dificultad para entender las limitaciones estructurales de la forma jurídica como modo históricamente concreto de regulación social, según denunciadas tanto por Karl Marx como por Federico Engels. Por un lado, están quienes han sostenido que se puede transformar pacíficamente por vías legales la sociedad desde el capitalismo hacia el socialismo. Por otro lado, están quienes se han opuesto a esta perspectiva juricista de la lucha anticapitalista y de la sociedad en general, sobre todo por lo que denuncian como la fetichización de una forma que sólo sirve para obstaculizar la posibilidad de cambios estructurales debido a su matriz normativa específicamente burguesa.

Al respecto, el jurista bolchevique Eugeny Pashukanis se encargó de articular, al inicio de la Revolución rusa, una crítica radical a las formas del Estado y del derecho, las cuales afirmó están derivadas, en última instancia, de las relaciones sociales capitalistas. Insistió en que su uso como instrumentos de poder político y jurídico, sólo serviría para reintroducir abierta o silenciosamente las formas sociales del capitalismo en general, incluyendo sus lógicas de subjetivación subordinada al proceso social de producción, valoración e intercambio de mercancías. El derecho no reconoce la existencia de clases en una relación adversativa y desigual sino que sólo sujetos jurídicos que participan, alegadamente como iguales, en dicho proceso. Lo que pretende el derecho mediante la juridificación de las relaciones sociales y de poder, es ocultar su realidad antagónica y controlar la solución de conflictos por medio del aparato estatal, incluyendo el judicial, conforme a la parcialidad estructural del capital. El tránsito hacia una sociedad comunista, puntualizó, sólo será posible en la medida en que se potencie una nueva forma no-estatal de gobernanza, los soviets, y una nueva forma no-jurídica de regulación social, cuya matriz normativa esté en la comunidad misma y en las nuevas relaciones sociales comunistas (Pashukanis, 1976).

Esta perspectiva fue combatida y aplastada bajo el estalinismo, siendo sustituida por la del jurista Andréi Vyshinsky¹, principal ideólogo de la idea de un derecho socialista y una legalidad soviética, diferenciadas de sus expresiones capitalistas. Éste sostuvo que el derecho es un instrumento legítimo de la lucha de clases y para el ejercicio de la dictadura del proletariado contra los enemigos de la revolución. Se trata de un instrumento neutral cuyo sentido, positivo o negativo, está dictado por el uso específico que le dé la clase en el poder. En ese sentido, en manos del proletariado constituye un instrumento para desplazar a la burguesía del poder para construir, en su lugar, un nuevo poder socialista.

La experiencia de la Unidad Popular chilena, entre 1970 y 1973, representó el primer intento para usar la legalidad, incluyendo el proceso electoral, para una transición pacífica del capitalismo al socialismo. Culminó como sabemos en un brutal golpe de estado y la instauración de una criminal dictadura militar que impuso la guerra directa contra la izquierda en particular y el movimiento obrero en general. Finalmente, el modo capitalista de producción y dominación demostró no tolerar que se pretendiese, por la izquierda, usar su propia legalidad para transitar ordenadamente hacia su contrario. A partir de ello y la ola de miles de asesinatos y desapariciones protagonizadas tanto por la dictadura chilena como también por análogas dictaduras militares en esos años en Brasil, Argentina y Uruguay, impactaron experiencias posteriores de acceso por la izquierda al gobierno por la vía electoral. Éstas se han circunscrito a la realización de reformas dentro del sistema capitalista, dentro de un marco de conciliación y no de lucha de clases, a excepción hasta cierto punto de los casos del chavismo en Venezuela y el Movimiento al Socialismo (MAS) en Bolivia. La estrategia contrainsurgente aplicada con éxito en la América nuestra, con la ayuda de Estados Unidos, consiguió imponer una paz de los sepulcros que incluyó un nuevo marco limitado de lo que se puede aspirar a hacer dentro de la legalidad. Bajo éste, se proscribió, para todos los fines, el uso del sistema para transformar radicalmente al mismo sistema.

Posteriormente al golpe chileno y de la contrarrevolución neoliberal que se desató a partir de allí por todo el planeta, hubo quienes en Europa sostenían que el derecho es un instrumento para impartir justicia, aunque

¹ Andréi Vyshinski empezó su carrera de jurista como parte de la fracción menchevique del Partido Obrero Socialdemócrata de Rusia, el cual se opuso a la revolución de 1917, encabezada por la fracción bolchevique. Antes de la revolución, siendo Comisario de Policía en un distrito de Moscú, Vyshinski emitió una orden de arresto contra Lenin, a quien se le acusaba falsamente de ser "espía alemán". Ya en 1920 se unió a los bolcheviques. Fue procurador general de la URSS bajo el régimen estalinista (1935-1939) y el responsable de las acusaciones falsas contra numerosos bolcheviques opositores de Stalin, basadas mayormente en confesiones fabricadas y arrancadas bajo tortura, que se ventilaban en esa gran farsa judicial conocida mundialmente como los Procesos de Moscú (1936-38). La guerra jurídica contra enemigos reales o inventados, no le era ajena al régimen estalinista.

ya en un contexto que decían que no estaría determinado por una lucha de clases. Luego vino la crisis terminal del socialismo real surgida a partir de la exitosa lucha protagonizada por el movimiento sindical Solidaridad en Polonia. Ello llevó a gran parte del movimiento comunista internacional —como por ejemplo el llamado *eurocomunismo*— a renegar de la idea de la dictadura proletaria y del derecho como instrumento de combate y de dominación para adelantar el socialismo.

Se fue propiciando así una adhesión al Estado liberal de derecho como el estándar a seguir, incluyendo la idea de que éste está por encima de las luchas de clases. Testimonio de ello fueron los cambios programáticos aprobados en ese sentido por el controvertible XXII Congreso del Partido Comunista Francés (PCF) celebrado en el 1976. En 1991 ocurre lo impensable: el Partido Comunista Italiano (PCI), el fundado por Antonio Gramsci y Amadeo Bordiga, el mayor de Europa, se disuelve en su XX Congreso Nacional. Sin embargo, lo que podía aparecer como un mero artificio ideológico para apuntalar la credibilidad de los comunistas como demócratas, apenas logró abordar la raíz del problema. Siguiendo la misma experiencia histórica del socialismo real del que se pretendía demarcar, ¿puede usarse las formas de Estado o del derecho, con sus aparatos gubernamentales y judiciales, incluyendo sus lógicas de dominación y subjetivación, para conquistar el poder, es decir, un poder —o constelación de relaciones de poder— cuya presencia atraviesa la sociedad y la vida toda, o se necesita ir más allá constituyendo nuevas formas políticas y normativas desde las cuales potenciar la socialización o, mejor aún, la comunización de la sociedad y la vida toda?

La primera opción, el uso del sistema para transformar el sistema, me temo que es una ilusión de la que no nos acabamos de liberar. En el peor de los casos, es también la consecuencia del derrotismo en que se hundió en términos generales la izquierda entre el golpe chileno y el colapso de la URSS. Una vez se acepta ser parte de ese Estado y su maquinaria, se queda aprisionado en sus lógicas y prácticas.

Cada formación social se encarga de organizar sus propias formas históricas imperativas de la política y lo normativo. En ese sentido, las formas que imperan bajo el capitalismo son propias de dicho sistema y sirven para su reproducción. Dichas formas no son simples instrumentos que pueden ser moldeados para servir los propósitos de otro modo histórico de producción y relaciones sociales claramente diferenciado.

Además, hay que entender que el poder no está en última instancia en el gobierno sino que en las estructuras socioeconómicas. Si

no se transforman éstas, en el fondo nada cambia. Y si lo que se pretendía era diferenciarse de las deformaciones burocráticas del Estado socialista, había que preguntarse si acaso la raíz de dichas desviaciones no estará precisamente en la misma forma política estatal y la forma jurídica. Ambas formas cargan con su contradicción inherente de la que nadie se puede escapar: no se conciben en proceso de extinción gradual sino que en proceso de reproducción perpetua de las relaciones sociales y de poder que representan. De ahí que sólo se puede superar lo viejo mediante la creación y afirmación de algo nuevo.

Así las cosas, el “fin de la historia”, pregonado por un capitalismo que se alzaba victorioso en 1989 con el colapso de la Unión Soviética, se convirtió también en la aceptación e idealización, por la izquierda incluso comunista, de las formas del Estado y del derecho, en sus acepciones liberales, como formas naturales y eternas que están por encima de las luchas de clases, grupos y pueblos. Más allá, hubo también aquellos en la izquierda que alegaron que Marx se equivocó en su insistencia de que sólo mediante la extinción gradual del Estado y el derecho burgués, es que se puede algún día poner fin a la explotación de un ser humano por otro. Se alegó que todo lo que había que decir acerca del derecho ya había sido expresado por Kant y Hegel. Según estas voces “ilustradas”, la libertad, más que depender de las sentencias dictadas por la historia, como bajo Marx, dependía a partir de Kant y Hegel de las sentencias dictadas por el Estado de derecho (Fernández Liria, 2011). Según este eminentísimo dictamen filosófico, la justicia sólo puede darse a partir del derecho.

Más extraño aún resulta ver como la llamada perspectiva decolonial tampoco consigue hacer un ajuste de cuenta histórico con la forma jurídica como una de las matrices, además de la racial, de la colonialidad del poder impuesto por Europa en nuestras tierras y de la subjetividad colonizada que se constituyó bajo ésta. La idea del derecho fue algo totalmente extraña a las formaciones socioeconómicas de los pueblos originarios, las cuales estaban caracterizadas por sistemas normativos de carácter consuetudinario —que no incluían las instituciones y lógicas burguesas de la propiedad privada y el contrato— y fundamentados en consideraciones morales o éticas de conformidad con una cosmovisión relacional.

Cuando el jurista dominico Francisco de Vitoria argumentó a favor del reconocimiento de la igualdad jurídica de los pueblos originarios, lo que buscaba era reemplazar el sistema normativo propio de los pueblos originarios por el de los europeos, el mal llamado Derecho de Gentes, por cuanto éste se apuntalaba en los intereses y las costumbres de las potencias

imperiales. Ello sirvió para introducir e imponer la institución de la propiedad privada, junto a esas otras instituciones, la del contrato y el libre intercambio comercial, lo que se constituyó en el marco justificativo para la apropiación privada, por los europeos, de la tierra y el trabajo de los pueblos originarios en el llamado Nuevo Mundo. Por medio de la idea del derecho, el indígena pasó a constituirse como sujeto jurídico abstracto, obligado a someterse a un nuevo orden que le era ajeno. Fuera de dicha condición jurídica, cuyos alcances siempre estarían a merced de sus colonizadores, el indígena no tenía derechos. Su libertad quedó totalmente a merced de las determinaciones que al respecto hacía el colonizador. Y de no aceptar actuar conforme a ese derecho y a obedecer las determinaciones tomadas bajo éste, se justificaba entonces la guerra contra los pueblos originarios.

El derecho se unió así a la idea racial y a la religión para contribuir a la estructuración del nuevo imaginario en torno al cual se apuntaló la subjetividad colonizada, sometida por violencia y por miedo al poder imperial. En ese sentido, la idea del derecho ha estado ligada, desde sus orígenes en Nuestra América, a la guerra continua por otros medios.

UNA PERSPECTIVA ESTRATÉGICA

En ese sentido, la guerra ha sido algo consustancial a la estructuración y aplicación histórica del derecho. Por ello, resulta difícil aceptar el entendido negativo del *lawfare*, debido a que emana de la idea de que la legalidad es o debe ser algo distinto de lo que concretamente ha sido y sigue siendo como derivación de unas relaciones sociales y de poder desiguales, las cuales han sido desde siempre motivo de luchas y combates, muchas veces violentas. La perspectiva negativa del *lawfare* compartida por Romano y el *Lawfare Project*, contrasta marcadamente con otro entendido, calificado de estratégico, de este fenómeno. Se trata de la sostenida por el General Charles Dunlap, quien dirigió la campaña militar de la OTAN de 1999 en el Kosovo. Éste define el *lawfare* como “el uso del derecho como una arma de guerra”, lo que para él constituye “el rasgo más innovador del combate en el Siglo XXI”, sobre todo en el contexto posterior del ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, D. C.. Dunlap se queja del hecho de que el enemigo ha demostrado la capacidad para usar el Estado de derecho a su favor, razón por la cual el derecho no debe idealizarse sino que en todo caso contextualizarse siempre en términos estratégicos.

Por ejemplo, el escándalo internacional provocado por el trato abusivo e inhumano de los prisioneros en la prisión estadounidense de Abu

Ghraib en Irak, fue producto de las graves ilegalidades que se cometieron, documentaron y denunciaron. Sus efectos constituyeron una clara derrota, indistinguible de cualquier derrota militar, para las fuerzas armadas estadounidenses. La legalidad se erigió en ese momento en un decisivo campo de batalla, lo cual para Dunlap tal vez nos está alertando al hecho de que éste se ha convertido tal vez en uno de los más decisivos escenarios en que manifiestan los conflictos contemporáneos (Dunlap, 2009).

Otro ejemplo de la importancia estratégica otorgada al campo jurídico para la conducción de la guerra ha sido como Estados Unidos ha redefinido unilateralmente el derecho de guerra y el derecho aplicable a los prisioneros de guerra, especialmente a la luz de los conflictos irregulares de nuestros tiempos. A éstos últimos, los ha redefinido como combatientes enemigos, a los cuales no les ampara el derecho vigente aplicable a prisioneros de guerra, lo que los deja en una condición de total indeterminación de sus derechos, a merced absolutamente de lo que consideren reconocer sus captores. He ahí el campo de concentración de Guantánamo y las prisiones secretas operadas en Europa y otras partes del mundo. Al respecto, abogados del Departamento de Justicia de Estados Unidos se encargaron de redactar entre el 2001 y el 2002 una serie de memorandos (National Security Archives, 2008).

El filósofo italiano Giorgio Agamben ha sugerido que en esta lógica de un derecho indeterminado o más bien determinado absolutamente por el criterio de la fuerza, propio del campo de concentración, se encuentra el nuevos *nomos* de estos tiempos bajo el orden neoliberal y su Estado de excepción (Agamben, 2006: 211-229). Incluso, en Alemania, esta perspectiva estratégica dio pie al desarrollo de un *Derecho Penal del Enemigo* (Jakobs, 1985), en el que ya no existen sujetos de derechos sino que sujetos enemigos o potencialmente enemigos, sobre todo en un contexto en que la mayor parte de la sociedad o la humanidad padece una desigualdad y precarización social cada vez más onerosa. La sanción penal se impone no por haber incurrido en un hecho tipificado, sino por el mero hecho de existir el peligro que pueda incurrir en él.

Dunlap llegó a expandir posteriormente su entendido inicial del *lawfare* al definirlo como “la estrategia de utilizar —o mal utilizar— el derecho como un sustituto de medios militares tradicionales para lograr un objetivo operacional” (Wittes et al., 2010). Para el militar estadounidense, hoy también profesor en la Escuela de Derecho de Duke University, el *lawfare* no posee una connotación negativa sino que sólo pretende reconocer una realidad política y de poder: el derecho puede ser empuñado como arma por cualesquiera de las partes en un conflicto. La valoración o aplicación

del derecho en este contexto adquiere un carácter más bien pragmático y contingente al objetivo operacional o político. Según éste, el *lawfare* se ha erigido en una forma de guerra asimétrica (Dunlap, 2017).

Es a partir de lo anterior que entendemos que el concepto de *lawfare* o guerra jurídica se refiere tanto al uso del derecho como arma de combate, como también al uso del derecho como instrumento para regular las luchas que surgen producto de las relaciones sociales y de poder entre clases, grupos y pueblos. En ambos casos, cumple fines estratégicos más allá de los fines mediadores o regulatorios. Históricamente eso ha sido en el fondo el derecho: un campo de luchas. Y lo que es la guerra jurídica o el *lawfare* en este contexto no es algo unívoco, escrito en piedra, sino que expresa una variedad de prácticas que tienen en común no una cuestión jurídica sino una cuestión del poder. Ya lo sentenció Karl von Clausewitz: la guerra es la política por otros medios. La guerra nunca es un hecho aislado de lo político y viceversa. La guerra es un acto de fuerza sin restricciones, en que el mundo real y contingente ocupa el lugar de la idea o teoría abstracta y absoluta. (Clausewitz, 2010).

Tal vez a eso se refería en parte Michel Foucault cuando postulaba que “el poder es la guerra”. Por ello insistió en que hay que superar el enfoque juricista e idealista del fenómeno del poder en dirección a una perspectiva estratégica. Nos emplazó para que nos reencontrásemos con la guerra que está oculta bajo el dispositivo jurídico pues la guerra, lo reconozcamos o no, nos guste o no, es una guerra permanente (Foucault, 2000: 28-30).

La sociedad capitalista es, en el fondo, un orden civil de batalla consistente en una guerra, entre silenciosa y abierta, a partir de la cual unos y otros aspiran a producir cambios en las relaciones de poder y en la naturaleza del poder mismo. En la medida en que se va extendiendo este campo de batalla, la guerra se convierte en una relación social permanente. Bajo este tipo de guerra, los límites se tornan indeterminados, tanto en lo espacial como en lo temporal. Una guerra que tiene como fin la defensa de un orden social o su transformación revolucionaria no parece tener fin. Es una trinchera permanente.

Existe la ilusión de que sólo se le puede poner fin a la guerra en la medida en que una de las partes se alce como vencedora. Pero aún en este caso, la historia no provee para borrones y cuentas nuevas, ni para la aniquilación física total de los vencidos, a pesar de la reiteración de experiencias de genocidio. Por eso, aún la nueva situación no podrá librarse de la contradicción. No existe un afuera de la contradicción. Aún la revolución

estará siempre acompañada por la posibilidad de la contrarrevolución y, viceversa, la contrarrevolución siempre estará enfrentada a la posibilidad de la revolución.

El *lawfare* se da así en un contexto estratégico en el que pugnan visiones diferenciadas de mundo e, incluso, de lo político y lo jurídico. Qué finalmente se impone como lo justo es también producto de esta lucha. Es por ello que el *lawfare* se libra tanto desde la derecha como desde la izquierda. Limitar su uso como arma de combate sólo a la derecha, es un error no sólo conceptual sino que sobre todo práctico, pues tiende a desarmar a la izquierda de un instrumento importante dentro del orden civil de batalla antes mencionado.

Por ejemplo, la República Popular China reconoce expresamente lo que llama “guerra jurídica” como un elemento de su doctrina estratégica, algo que resulta vital en estos momentos de asedio imperial cada vez más agresivo por parte de Washington contra dicha potencia socialista. El carácter y la función de la guerra ha cambiado en estos tiempos en que toma variadas y noveles formas y el derecho aparece determinado abiertamente por el hecho de fuerza. Sin embargo, sea como sea que aparezca hoy la guerra, “la guerra es la guerra” y ésta acude cada vez más a medios irrestrictos, tanto letales como noletales. Existe en ese sentido un concepto más amplio de lo que constituye un arma para hacer la guerra, que trasciende el entendido clásico.

Así, la desestabilización financiera, la “guerra” comercial, la imposición de sanciones, la imposición extraterritorial de leyes o jurisprudencia domésticas o embargos o la circulación de información, desinformación y propaganda negativa por el Internet y los medios de comunicación en general, y el uso de normas y reglas del derecho internacional, así como su interpretación y aplicación situacional en función de los intereses particulares involucrados en un conflicto, son algunos ejemplos. Son armas que trascienden ya el plano militar y que constituyen cosas comunes que han sido resignificadas políticamente como armas. A partir de ello, la guerra debe pelearse y ganarse en un campo de batalla que está ya más allá del acostumbrado. La guerra ha pasado de manos de Clausewitz a las de Maquiavelo, de los medios limitados a los medios irrestrictos, ajenos a cualquier absoluto moralista. Y en el caso del derecho, una vez se muestra abiertamente como la guerra por otros medios, lo que se presencia es su creciente socavamiento como modo formal de normas y reglas compartidas para la solución de conflictos. (Qiao Lang & Wang Xiangsui, 1999).

Por otra parte está toda una serie de acciones legales radicadas ante la Corte Penal Internacional o tribunales nacionales contra aquellos—incluso jefes de Gobierno o de Estado, o mandos militares— responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, el uso de tortura, detenciones arbitrarias y ejecuciones extrajudiciales, especialmente de Estados Unidos e Israel, inscritas dentro de este fenómeno de la guerra jurídica. Hoy la Corte Penal Internacional (CPI) investiga una denuncia presentada por la Autoridad Nacional Palestina contra el Estado de Israel por crímenes de lesa humanidad contra el pueblo palestino en los territorios ocupados (Naciones Unidas, 2021).

Otro ejemplo de la guerra jurídica esgrimida desde la izquierda que adquirió notoriedad en su momento fue la detención e intento de enjuiciamiento en España del exdictador chileno Augusto Pinochet Ugarte entre octubre de 1998 y marzo del 2000. El juez Baltasar Garzón justificó toda su intervención con Pinochet en ejercicio de una jurisdicción universal para juzgar crímenes de lesa humanidad. La jurisdicción universal en estos casos se ha entendido como un instrumento judicial para la guerra jurídica, la cual también se ha blandido contra militares representantes de la dictadura argentina, como fue por ejemplo el caso de Adolfo Francisco Scilingo, condenado judicialmente en el 2007 en España por crímenes de lesa humanidad.

Por ello hay que superar esa idealización o fetichización del derecho y de la posibilidad de la justicia por medio de éste. El derecho ha declarado una y otra vez que de lo que trata es de la prescripción y aplicación de la ley a secas, no importa si el resultado es justo. Bajo la razón jurídica, lo justo, en todo caso, es aquel resultado que prescribe la ley y deciden las autoridades estatales.

EL DERECHO ES TANTO LA NORMA COMO LA EXCEPCIÓN

Otra cosa que hay que entender es que aún el llamado mal uso del derecho es parte del derecho. Aún aquellos hechos o decisiones que parecen estar fuera del derecho, no lo están. El derecho no reconoce un afuera de sí; en todo caso sólo la apariencia de un afuera. Así ocurre en relación a hechos de fuerza tolerados o condonados de conformidad con el criterio de la eficacia, a modo de un derecho latente. Ese es el caso de la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, los crímenes de guerra, así como toda una serie de actos corruptos que no son penalizados por el sistema, sino que también tolerados y validados sub silencio. El derecho es tanto la norma jurídica como también la excepción a ésta. Es aquello que el propio aparato estatal y sus funcionarios dicen que es. Sus abstracciones y ficciones significan

lo que estos decidan. Así también es su aplicación. No podemos olvidar que, bajo el sistema actual, el poder tiene la capacidad para validarse y legitimarse a sí mismo.

El derecho podrá presentarse incluso como mediador de conflictos, pero no podemos olvidarnos de que aún esa función social la realiza de una manera ideológicamente parcializada, de conformidad con sus determinaciones estructurales. Debido a ello, los movimientos sociales o proyectos políticos no se aseguran o potencian por medio de “específicas mediaciones jurídicas”, como se argumenta, sino que, en el fondo, por la específica fuerza normativa que emana de algunos hechos o de ciertas acciones estratégicas organizadas, es decir, relativas al poder, lo que obliga al Estado a su reconocimiento y posterior juridificación, o al menos su reconocimiento informal. Todo ejercicio del poder, si bien se dice mediado por el derecho, su base real no está en ese derecho, independientemente de que también hagamos uso de éste, sino que en el contexto estratégico del que se deriva. Aún en el caso del reconocimiento y validación por el Estado de un hecho normativo nuevo, a lo que aspira éste con su juridificación es normalizarlo y controlar sus alcances autónomos mediante su encausamiento estrictamente dentro de los límites estructurales de la forma jurídica y sus dispositivos de poder. Por eso, no nos podemos recostar del derecho. No se trata de entregarle nuestras conquistas al Estado para que haga con estas lo que mejor entienda. Hay que ir más allá del derecho si de lo que se trata es de darle un alcance más completo y permanente a éstas. Hay que entender que se trata de una lucha permanente en una trinchera que, todo tiende a indicar, no tiene fin.

Reivindicar para el derecho una función mediadora para determinar absolutamente en qué consiste la libertad y cuáles son sus alcances, es dejar la libertad a merced de lo que decida reconocer el Estado. Las libertades fundamentales pierden así su naturaleza inalienable, es decir, el reconocimiento del hecho de que no deben su existencia real al Estado y el derecho. Por eso, la única posibilidad real de asegurar cambios verdaderos es por medio de la potenciación de un modo no-jurídico, comunizante y radicalmente democrático de regulación social. Ese debe ser el horizonte hacia donde se tiene que mover la normatividad, la libertad y la justicia. No se puede seguir empantanados en las conocidas limitaciones y trampas conceptuales y prácticas ofrecidas por el horizonte burgués de la normatividad societal y sus lógicas circulares de cambio en las que nada cambia en el fondo como se necesita y se aspira.

Claro está, estoy muy de acuerdo con aquellos y aquellas que sostienen que no es igual el uso del *lawfare* en los casos contra Lula, Correa

o Cristina Fernández, que el uso del derecho para hacerle la guerra a los golpistas en Bolivia, sobre todo a partir de nuestras posturas políticas e ideológicas. Tampoco es lo mismo el uso del derecho por la derecha para residenciar a Dilma Roussef que el uso del derecho por las fuerzas de centro-izquierda en Estados Unidos para residenciar a Donald Trump. En ambos casos, sus resultados específicos se debieron al balance de fuerzas que existía en cada circunstancia. Así es, no nos engañemos, ambos son expresiones de la guerra jurídica, entendida ésta dentro de un contexto estratégico y no estrictamente legal.

No veo, en ese sentido, cómo se puede alegar que resulta funcional a la derecha reconocer el carácter esencialmente coercitivo, desigual y farisaico de la legalidad como instrumento de dominación o ejercicio de hegemonía, o como modo no neutral sino que parcial o subjetivo de regulación social. Repito: el derecho es lo que es. La derecha sabe bien lo que es la legalidad y la maneja a su antojo. La izquierda, sin embargo, parece haber caído en su idealización y fetichización, lo que la limita en sus respuestas. ¿Demasiado Kelsen y poco Pashukanis?

Sin pretender establecer una equivalencia ética o moral entre la derecha y la izquierda, sostengo que tanto una como la otra alegan tener el derecho de su parte, aunque cada vez más da la impresión que la izquierda ve el derecho en la norma abstracta que le sirve de fuente formal y la derecha lo ve más en el hecho de fuerza que le sirve de fuente material. Es por ello que hemos visto como cierto sector de la izquierda parece abrazar la forma jurídica como instrumento mediador y pacificador de los conflictos, propendiendo a un modelo de conciliación entre las clases y los grupos, a la vez de que rechaza la guerra como instrumento para adelantar sus fines, sea la guerra de movimiento o la guerra de posiciones, incluyendo las movilizaciones y concentraciones combativas en las calles. Ello explica, entonces, su visión actual a favor del derecho como bueno sólo cuando no se usa para hacer abiertamente la guerra contra el adversario o enemigo. Para este sector, el motor de la historia y, por ende, de la posibilidad de la justicia es el derecho y no la lucha y guerra entre clases, grupos y pueblos. Ilusamente se piensa que el fin del derecho es la paz y no la guerra. Sin embargo, para ganar la paz, hay que prepararse para la guerra y de ser necesario hacer la guerra.

Como forma social específica, el derecho, incluso el liberal, está dedicado no a garantizar la paz social sino que en todo caso, como ya señalé, la paz de los sepulcros, ya que lo que busca, en última instancia, es garantizar la reproducción y dominación permanente del capital. Por eso, como señalaba Foucault, hay que “recuperar la sangre que se secó en los

códigos” (Foucault, 2000: 60-61). No es cuestión de seguir creyendo en el derecho como identidad absoluta y eterna, como si el tren de la historia en cuanto a lo normativo hubiese efectivamente llegado con él a su estación final, sino que hay que recuperar un sentido radicalmente crítico de esa historia como movimiento real y permanente. Necesitamos reencontrarnos nuevamente con los gritos de guerra que se intentan silenciar e invisibilizar bajo la forma jurídica. Hay que volver a tomar consciencia de que la justicia no se alcanza desde la subalternidad permanente o la timidez estratégica. No podemos seguir ignorando que la realización de nuestras aspiraciones de justicia sólo es posible en la medida en que entendamos que nos movemos dentro de un marco determinado en última instancia por hechos de fuerza y relaciones de poder, así como campos de batalla y trincheras de lucha. Eso es la historia. Y si deseamos incidir sobre ella para ampliar el ámbito de la libertad y la justicia, hay que organizarse para el combate permanente. Todo lo demás es *wishful thinking*.

La izquierda tiene que descolonizar y desfeticizar de una vez y para siempre su marco categorial acerca de la normatividad societal. Tiene que aprender a distinguir entre sistemas normativos que sirven un interés privado y patrimonial, como lo es el derecho burgués, y aquellos que sirven un interés común, como son los sistemas normativos cuya matriz se encuentra en la forma comunidad o comunal. Es por ello que no toda norma reguladora de relaciones y conductas sociales es una norma jurídica, sobre todo en el caso de normas consuetudinarias o normas producto de sistemas normativos comunitarios o ancestrales, los cuales sirven fines comunes y no intereses privados o particulares. No toda relación normativa por ende constituye una relación jurídica. Sólo bajo ciertas condiciones, una norma consuetudinaria o una relación normativa basada en usos y costumbres asume un carácter jurídico. En ese sentido, la normatividad societal es más amplia que lo que se produce desde las fuentes materiales y formales de lo que llamamos derecho. Es más, toda la sociedad produce normas, no sólo el Estado o el mercado.

Lo que distingue la norma jurídica es su matriz económica y política en función de intereses particulares. Por ello es forzoso admitir que ese mismo derecho no regula entonces todas nuestras relaciones sociales. Eso que llamamos derecho es algo menor que la constelación de relaciones entre los seres humanos. Junto a las normas jurídicas o más allá y muchas veces contrario a éstas, existen normas no-jurídicas, a las que me he referido en otra parte como *no-derecho* (Rivera Lugo, 2014). Se trata de una normatividad societal autodeterminada, autorregulada y éticamente basada en relaciones sociales y procesos de subjetivación centrados en la reciprocidad solidaria y el bien común.

Por otro lado, otro hecho que distingue la norma jurídica de las normas societales no-jurídicas es que el derecho depende de un aparato estatal que responde, en última instancia, a la voluntad de la clase dominante y a la razón del mercado capitalista, mientras que en el sistema normativo no-jurídico, como en el caso del sistema consuetudinario, éste responde a los procesos decisionales propios de las instituciones comunales o comunitarias. En el caso de los sistemas normativos consuetudinarios, sus normas y reglas no pueden reducirse a meras normas o reglas iguales a las jurídicas. No me canso de puntualizarlo: son normas consuetudinarias que cumplen una función socialmente ordenadora en función de lo que hemos calificado como la forma comunidad o comunal. Asimismo, se trata de normas que pueden estar fundamentadas en consideraciones morales o éticas, contrario a lo que ocurre bajo el derecho en el que se privilegia lo económico y se rechaza cualquier fundamentación ética o moral.

En fin, en la medida en que se ha reconocido la existencia de una diversidad de formaciones sociales, por ejemplo en las constituciones recientes de Bolivia y Ecuador, así también se ha hecho necesario reconocer la existencia de una pluralidad de sistemas normativos. Sin embargo, no se ha querido aún dar el paso siguiente: la democratización de los procesos de prescripción normativa en contra del monopolio actual que pretende seguir ejerciendo el Estado para decidir sobre la efectividad de estos sistemas normativos no-estatales y no-jurídicos. Si bien el sistema político y jurídico estatal es sólo uno entre una pluralidad de sistemas normativos, se empecina en seguir siendo el sistema normativo dominante, aún para la izquierda que sigue viendo en el Estado la única “comunidad universal” posible. En ese sentido, se comparte la misma ilusión que ha pregonado la clase capitalista y sus adláteres al respecto.

UNA GUERRA DE TRINCHERAS EN TORNO A LA NORMATIVIDAD SOCIETAL

Quisiera referirme ahora a la perspectiva estratégica propuesta por Gramsci en torno al tema de la lucha por el poder en la sociedad capitalista. Éste entendía que bajo el Estado capitalista moderno la lucha por el poder no debe estar centrada exclusivamente en torno al Estado. Se requiere más bien una estrategia que reconozca que el poder es un fenómeno más difuso y diseminado a través de toda la sociedad. Ya no se trata, pues, de organizar, como en el caso de los bolcheviques en Rusia, un asalto al Palacio de Invierno como si allí radicara el poder absoluto. Esa estrategia es a la que se refiere el teórico marxista italiano como la “guerra de movimiento”, también conocida como guerra de maniobra, es decir, una guerra frontal, insurreccional contra

la dominación, en ese caso de un régimen zarista seriamente debilitado. En la alternativa, Gramsci propone una nueva perspectiva estratégica: la de la “guerra de posiciones”. Se trata del asedio por doquier a ese poder, mediante una guerra de trincheras, haciendo de cada grieta o contradicción sistémica una trinchera de lucha, sobre todo contra una estructura de poder que en la actualidad requiere para su legitimidad del consentimiento de los gobernados. Ello implica librar una lucha política concentrada en un cambio en las relaciones de fuerza, sobre todo para restarle la hegemonía política al bloque de fuerzas en que se apuntala el poder de la burguesía. El propósito es potenciar un nuevo bloque histórico de fuerzas que lleve a la burguesía a una crisis orgánica en el ejercicio de su poder (Gramsci, 1975: 65-76, 89-96).

En última instancia, aún la hegemonía necesita a momentos la coerción cuando el consentimiento ya no basta. Está comprobado que cuando el sistema siente que pierde su hegemonía, tiende entonces a acudir cada vez más a los hechos de fuerza y la imposición violenta de su dominación. En esos momentos el Estado de derecho se supedita al Estado de hecho. En el fondo éste es la fuente material y vida real del sistema jurídico. El Estado de Derecho es siempre en el fondo un Estado de hecho fundado en la fuerza normativa de ciertos hechos. El orden jurídico es el resultado, en última instancia, de la eficacia de este conjunto de hechos de naturaleza estratégica, es decir, relativos al poder.

Ahora bien, una vez el Estado de hecho sale de las penumbras, ya no hay vuelta a ese ideal burgués del Estado de derecho, pues se ha puesto en entredicho el sentido mismo de los conceptos “Estado” y “derecho”. Ni el normativismo kelseniano² (Kelsen, 2009) ni el garantismo jurídico de Ferrajoli³ (2014) consiguen entender o reconocer esta realidad de la normatividad societal en nuestros tiempos. Más bien siguen anclados en el pasado. Lo que pudo ser en el pasado subyuga lo que está en trance-de-ser como nueva posibilidad. La articulación entre vida y norma, hecho y derecho, ya no se puede destrabar, como tampoco se puede ignorar la pluralidad activa de fuentes materiales y formas de la normatividad que ha emergido, las cuales ya desbordan el monismo estadocéntrico y juridicista. Ya no se puede volver a las ficciones precedentes del derecho. Ya se ha perdido la inocencia, además de haberse descubierto la fuerza propia.

² En su teoría pura del derecho, Hans Kelsen insiste en centrarse en la norma jurídica y abstraerse de cualquier otra consideración, sea política, económica o social. Ese es el objeto del derecho y es a lo que hay que dirigir el conocimiento sobre éste, sin juicios de valor. Es el derecho positivo, el que es y no el que debe ser. Es el derecho reducido a un conjunto coactivo de normas jurídicas.

³ Me refiero a la idea desarrollada por el jurista italiano Luigi Ferrajoli acerca del derecho como única garantía de las libertades y los derechos.

Es como si el alegado orden espontáneo⁴ pregonado por el filósofo neoliberal Friedrich A. Hayek (1994), también hubiese arropado los procesos de prescripción normativa como parte de la transformación de la gobernabilidad en gobernanza extraestatal autonormada. Sin embargo, mientras que el padre filosófico del neoliberalismo entendía la autorregulación circunscrita al mercado, la sociedad toda se ha convertido en un taller ampliado de producción bajo las nuevas lógicas de subsunción de la vida toda a los dictados del capital. Hay que advertir que ese espacio ampliado de producción no se limita a mercancías y valores, sino que incluye la producción de política y normas no centradas en el Estado e, incluso, contrarias al capitalismo. Hayek pensaba ese orden espontáneo como una unidad homogénea, ignorando que el capital es una relación social compleja y adversativa dentro de la cual forcejean la dominación y la resistencia o contestación a ésta. *Uno se divide en dos.*

Es por ello que, contrario a las pretensiones totalitarias que anidan en el fondo del neoliberalismo, se vive en la actualidad una verdadera guerra civil también en torno a lo jurídico, así como a lo normativo en general. Desde la perspectiva contestataria, ello incluye toda una serie de actos de fuerza constitutivos de una nueva normatividad, independientemente de su reconocimiento jurídico. Como resultado de ésta, el gobierno deja de encarnar exclusivamente la soberanía, debido a las presiones de esa pluralidad de fuentes materiales en que se ha convertido hoy la soberanía. Por eso, aún en medio de la actual pandemia, no es más Estado lo que se necesita, en el sentido de reapuntalar la forma política estatal propia del capital, sino que lo que realmente necesitamos es menos Estado del capital —y las lógicas mercantiles de la llamada industria privada de la salud, incluyendo las farmacéuticas— y más gobernanza democrática radicalmente ampliada fuera de las formas sociales y lógicas del capital. Es en torno a esta nueva realidad que existe la nueva posibilidad para potenciar la libertad y la justicia.

De ahí que me llama la atención como en todo este debate sobre la idea del *lawfare*, se ha tendido a ignorar lo que fue el uso original del concepto. Data por lo menos de 1975 cuando John Carlson y Neville Yeomans postularon que el derecho, en su forma occidental, de carácter

⁴ Según Hayek, quien es considerado el padre filosófico del neoliberalismo, la estructura normativa de la sociedad moderna es más bien el resultado de un orden espontáneo que producto de un proceso de organización deliberada y ajena a éste. El orden social en general es fundamentalmente el resultado de la actividad espontánea de los individuos y no de las razón o voluntad humanas. En éste la desigualdad constituye un producto natural de ese orden espontáneo. Sin embargo, el orden espontáneo de Hayek, con su utopía ultraliberal basada en un mundo reducido a mercado mundial sin límites, no tiene nada de natural. Es producto del bloque y la relación de fuerzas que impusieron el proyecto neoliberal, mayormente por medio de la violencia y la guerra de clases.

utilitario y adversativo, es meramente un refinamiento del combate en el que se sustituyen las armas por las palabras, los tiros por los alegatos y las sentencias judiciales. El *lawfare* sustituye así el *warfare*. El derecho es la guerra por otros medios.

Es interesante que en este uso inicial del concepto, Carlson y Yeomans, contraponen una normatividad comunitaria, basada en la cooperación y la consensuación colectiva, a este derecho legicéntrico y coercitivo del Estado y del mercado capitalista. El derecho actual es más bien autocrático, impuesto desde arriba, nos dicen. Lleva hacia la barbarie. Proponen, en cambio, un tránsito hacia un modo realmente democrático y humanitario de regulación social basado en factores éticos y morales en la toma de decisiones y la prescripción de normas (Carlson & Yeomans, 1975). Sólo así se tiene un sistema normativo que responda a la voluntad general de la comunidad y que se aplique por consciencia debido a la participación de todos y todas en su determinación.

La comprensión negativa del *lawfare* e incluso la mirada estratégica de Dunlap se apartan así de la propuesta conceptual original de Carlson y Yeomans⁵ que veían la forma jurídica prevaleciente en Occidente, es decir, la liberal, como el problema, en particular debido a la naturaleza adversativa y mercantil de éste. Por eso propusieron en la alternativa el desarrollo de una normatividad comunitaria y consensuada, cuya fuente ellos ven en otra forma de regulación social con raíces en Oriente. En nuestro caso, hemos localizado esa forma alternativa más allá de Oriente, por entender que lo que describen es esencialmente la forma comunidad o comunal, no estrictamente capitalista, que históricamente ha también existido en Nuestra América. No es la primera vez que se adscribe un carácter asiático a un fenómeno histórico que se extendió más allá de esa parte del planeta.

Al respecto, en el marxismo se llegó a popularizar la tesis de la existencia de un modo de producción asiático que se diferenciaba del modo de producción capitalista desarrollado en Occidente (Godelier, 1969). Las formas sociales de la primera fueron caracterizadas y estigmatizadas como despóticas mientras que las formas sociales de la segunda, aunque adversativas y desiguales, así como igualmente mitificadoras, fueron caracterizadas como históricamente superiores. Las primeras se caracterizaron como precapitalistas, partiendo de una visión eurocéntrica de la historia que las colocaban como sociedades destinadas a transitar, por

⁵ Los australianos Carlson y Yeomans usaron el concepto como parte de la justificación de su propuesta favorecedora de un modelo alternativo de solución de conflictos basado en la mediación y consensuación. Su uso original no estuvo dirigido al ámbito militar.

necesidad, hacia el capitalismo como forma superior y única de progreso material. El único sentido de su historia sería el abandono de su forma comunal para incorporarse a la forma capitalista. Al final de su vida, Marx se distanció de dicha tesis evolucionista de la historia, basada exclusivamente en la experiencia histórica europea, reconociendo éste la existencia de una diversidad de contextos históricos como, por ejemplo, la forma comunal, que podría servir como vía alternativa de desarrollo y progreso material a la representada por el capitalismo.

El problema no es entonces el mal uso del derecho, como sentencian Carlson y Yeomans, sino que el problema está en el derecho mismo, como modo histórico específico de regulación social que representa la guerra por otros medios. Se trata por ende de un problema de carácter estructural definido por la ordenación misma de la forma jurídica y las contradicciones inherentes a ésta dentro del contexto estratégico, es decir, de poder en que se produce su despliegue histórico, particularmente bajo el capitalismo. Negar esta realidad constituye el peor de los negacionismos: el negar la realidad por ser ésta contraria a la idea a priori que se tiene de ella o, lo que es peor, por no tener la voluntad de poder para seguir revolucionándola.

REFERENCIAS

- CORREAS, Ó. Eficacia del derecho, efectividad de las normas y hegemonía política. En: A. Cuéllar Vázquez & A. Chávez López (eds.). (2003). *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*. México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, Ediciones Coyoacán.
- CORREAS, Ó (comp.). (1989). *El otro Kelsen*. México: UNAM.
- CORREAS, Ó (coord.). (1991). *Sociología jurídica en América Latina*. Oñati: International Institute for the Sociology of Law.
- CORREAS, Ó. (2006). Los derechos humanos. Entre el mito y la historia. *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de filosofía, política y derecho*, 25, 269-292.
- CORREAS, Ó. (coord.). (2007). *Derecho Indígena Mexicano I*. México: UNAM-Coyoacán.
- CORREAS, Ó. (coord.). (2007). *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*. México: UNAM-Coyoacán.
- CORREAS, Ó. (1987). Kelsen y las dificultades del marxismo, *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de filosofía, política y derecho*, 5, 59-63.
- CORREAS, Ó. (1990). *La Sociología jurídica frente al análisis del discurso. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 14, 224-225.
- CORREAS, Ó. (2007). Los derechos humanos. Entre el mito y la historia II. *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de filosofía, política y derecho*, 26, 17-33.
- CORREAS, Ó. Testimonios sobre la filosofía del derecho contemporáneo en México. *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/testimonios-sobre-la-filosofia-del-derecho-contemporaneo-en-mexico—4/>
- CORREAS, Ó. (2001). Y la norma fundante se hizo ficción, *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de filosofía, política y derecho*, 18, 71-97.
- CORREAS, Ó. (2003). *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*. México: Coyoacán.
- CORREAS, Ó. (2014). *Criminalización de la protesta social y uso alternativo del derecho*. México: Coyoacán.
- CORREAS, Ó. (2003). *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*. México: UNAM.

- CORREAS, Ó. (2009). *Derecho Indígena Mexicano II*. México: UNAM-Coyoacán.
- CORREAS, Ó. (1982). *Ideología jurídica*. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla.
- CORREAS, Ó. (2006). *Introducción a la crítica del derecho moderno* [Esbozo]. México: Fontamara.
- CORREAS, Ó. (2015). *Introducción a la sociología jurídica*. México: Fontamara.
- CORREAS, Ó. (1994). *Kelsen y los marxistas*. México: Coyoacán.
- CORREAS, Ó. (1980). *La ciencia jurídica*. Sinaloa: Universidad Autónoma de Sinaloa.
- CORREAS, Ó. (2011). *La criminalización de la protesta social en México*. México: Coyoacán.
- CORREAS, Ó. (1997). *Metodología Jurídica I. Una introducción filosófica*. México: Fontamara.
- CORREAS, Ó. (2006). *Metodología Jurídica II. Los saberes y las prácticas de los abogados*. México: Fontamara.
- CORREAS, Ó. (2003). *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*. (Ensayos), México: Fontamara.
- CORREAS, Ó. (2009). *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*. México: Coyoacán.
- CORREAS, Ó. (2009). *Sociología del derecho y crítica jurídica*. México: Fontamara.
- CORREAS, Ó. (2010). *Teoría del derecho y antropológica jurídica. Un dialogo inconcluso*. México: Coyoacán.
- CORREAS, Ó. (2010). *Teoría del Derecho*. México: Fontamara.
- D`AURIA, A; & AGUILAR, S. (2020). Una rápida visita a la crítica jurídica de Oscar Correas. *Crítica Jurídica Nueva Época*, 2, 103-108.
- ESPINOZA HERNÁNDEZ, R. (2018). *Crítica marxista del derecho. Materiales para una introducción*. México: Itaca.
- VITA, L. (2014). *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Herman Heller*. Buenos Aires: EUDEBA.